

LE DIVORCE

EN DROIT CHINOIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 7 décembre 1932, à 14 heures

PAR

WANG TSE-SIN

Docteur en droit de l'Université l'Aurore, Changhai,
Diplômé de l'École libre des Sciences politiques.

Président : M. ESCARRA, Professeur.

*Suffragants { M. ROUAST, Professeur.
 { M. MAUNIER, Professeur.*

PARIS

LES ÉDITIONS DOMAT-MONTCHRESTIEN

F. LOVITON ET C^{ie}

160, RUE SAINT-JACQUES

1932

LE

DIVORCE EN DROIT CHINOIS

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

LE DIVORCE

EN DROIT CHINOIS

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 7 décembre 1932, à 14 heures

PAR

WANG TSE-SIN

Docteur en droit de l'Université l'Aurore, Changhai,
Diplômé de l'École libre des Sciences politiques.

Président : M. ESCARRA, Professeur.
Suffragants { *M. ROUAST, Professeur.*
 { *M. MAUNIER, Professeur.*

PARIS

LES ÉDITIONS DOMAT-MONTCHRESTIEN

F. LOVITON ET C^{ie}

160, RUE SAINT-JACQUES

1932

* 29686.



A MON PÈRE

A MA MÈRE

A MES FRÈRES

ABRÉVIATIONS

Al.	Alinéa.
C. C.	Code civil.
C. p.	Code pénal.
C. pr. c.	Code de procédure civile.
Comm. off.	Commentaire officiel.
Comm. sup.	Commentaire supérieur.
Kouo Wei A.	Recueil des arrêts du Ta li yuan par Kouo Wei.
Kouo Wei I.	Recueil des décisions d'interprétation par Kouo Wei.
R. A. C. S.	Recueil des arrêts de la Cour suprême.
R. H. L. D.	Recueil hebdomadaire des lois et des décrets.
R. I. C. S.	Recueil des décisions d'interprétation de la Cour suprême.
R. I. Y. J.	Recueil des décisions d'interprétation du Yuan judiciaire.



Digitized by the Internet Archive
in 2026

LE DIVORCE EN DROIT CHINOIS

INTRODUCTION

Nos anciens philosophes, dont l'influence fut toujours prédominante en Chine considéraient l'union du mariage comme l'anneau principal de toute chaîne sociale, anneau scellé par un amour réciproque. Le mariage n'est-il pas en effet la source des amours qui doivent régler chaque vie humaine : amour conjugal d'abord, amour paternel ensuite, puis amour filial et enfin amour fraternel.

Toute règle sociale en effet doit être basée sur la bonne entente des individus entre eux afin d'éloigner dans la mesure du possible aussi bien les querelles intestines que les difficultés internationales.

Si nous voulions comprendre que nous sommes tous frères et tous soumis à la même morale, combien la vie serait plus agréable et de par là plus belle. Cet idéal a toujours été poursuivi par nos anciens qui tendaient sans cesse à faire de la société, de l'État et même de l'univers une grande famille. « Aimez d'abord vos parents, disait Confucius, puis de vos parents les proches et enfin de vos proches les animaux et les choses inanimées. »

« Respectez vos supérieurs, respectez ceux des autres

comme les vôtres. Soignez vos inférieurs, soignez ceux des autres comme les vôtres. » disait Mencius, disciple de Confucius ¹.

Étendre l'affection naturelle que nous avons à l'égard de nos parents jusqu'aux étrangers, qui nous sont évidemment moins chers, pour former dans l'État une union plus solide et plus intime, tel est le point capital que cherchaient nos anciens et qu'ils ont atteint alors que la Chine vivait en dehors de tout contact étranger.

Montesquieu voyait juste quand il écrivait parlant de notre pays. « Cet empire est formé sur l'idée du gouvernement d'une famille... »

Ne voit-on pas après la Révolution de 1911, la Chine livrée à elle-même, sans ou presque sans gouvernement alors que les guerres civiles se continuaient de partout au point que l'on pouvait comparer notre état social à celui de la malheureuse Russie. Comment se fait-il que le peuple chinois n'a presque jamais en réalité participé aux désordres qui désolaient la plupart de nos provinces aujourd'hui encore, il serait facile de constater que nos traditions ancestrales, nos mœurs sociales, en un mot, ont survécu à la vague catastrophique qui à plusieurs reprises a essayé d'anéantir notre vieille civilisation. Mais de même qu'après la tempête, la mer retrouve son magnifique calme, de même chez nos paysans peut-on voir la même sérénité que du temps où la Chine vivait heureuse dans la paix. Si nous jetons un coup d'œil par contre sur la Russie où l'état d'anarchie a pénétré jusque dans les racines les plus profondes de la société, nous devons nous demander la cause d'un tel état de choses, c'est alors que nous reconnaissons

1. Voir *Mong Tseu* (l'un des quatre livres classiques), p. 5, dans la Collection des 13 King.

la valeur des principes familiaux. En effet, toute la force de la société chinoise repose pour ainsi dire sur ces principes, nul ne saurait le contester.

En Russie, en plus de la propriété, la famille est détruite par la déformation du mariage. Il n'y a aucun doute que lorsque le mariage s'altère et que par suite la famille se dissout, tout le reste s'écroule.

Quelle folie de la part de prétendus réformateurs, quand ils rêvaient la suppression de la famille en Chine en faveur de la liberté complète du mariage et de sa dissolution, se mettant ainsi en contradiction avec les idées de nos anciens. C'est bien heureux que nos législateurs soient restés sourds à de telles sollicitations ¹.

Nous estimons donc la nécessité des familles stables et par conséquent de ménages stables. Il faut autant que possible faire le mariage indissoluble. C'est pourquoi nous avons cru utile d'étudier le divorce en droit chinois, c'est que nous craignons qu'une trop grande vulgarisation du divorce ne détruise le mariage et par suite la famille.

D'après ce que nous venons de dire, il semblerait que le divorce soit incompatible dans notre pays avec l'importance que l'on attache au mariage et à la famille. Mais en réalité, pour beaucoup de raisons, il a existé de tout temps et sans interruption en Chine. C'est que d'une part nos anciens reconnaissaient que l'union entre père et fils et celle entre frères et sœurs étaient formées par le ciel, autrement dit, étaient des unions naturelles, tandis que l'union entre mari et femme, c'est-à-dire le mariage n'est qu'une union humaine. On ne peut échapper à une union natu-

1. 8^e point des principes directeurs de la codification du livre IV (de la famille) du Code Civil. Cf. *Li fa ichouan k'ân* (publication officielle du Conseil Législatif), t. IV, p. 11.

relle pas plus que l'on échappe aux forces de la nature alors qu'il est toujours possible de dissoudre ce qui est fait par l'homme ¹. De plus, la Chine n'a jamais été sous l'influence directe de la religion catholique qui a eu le pouvoir de le supprimer à certaines époques dans quelques pays soumis à cette religion.

Ainsi dans cette étude consacrée uniquement au divorce, nous nous efforcerons d'en tracer l'histoire aussi exactement que possible.

Dans la première partie, nous étudierons l'évolution du divorce en Chine avant le Code Civil, c'est-à-dire que nous ferons l'étude historique du divorce.

Dans la deuxième, nous étudierons le divorce uniquement d'après le nouveau Code Civil. Comme ce code n'est en vigueur que depuis très peu de temps, la partie historique aura donc sinon une plus grande, mais tout au moins une égale importance que la deuxième.

D'autre part, le nouveau code, quoique encore très récent, n'est cependant que la consécration d'une jurisprudence datant de plus de vingt ans, laquelle bien certainement ne fait que l'embellir. Ce n'est donc pas moins intéressant à étudier ; nous avons donc deux parties proportionnées à tous les points de vue.

Nous ne voulons pas terminer ce travail, sans dire toute notre reconnaissance en même temps que notre admiration à Monsieur le professeur Jean Escarra qui n'a cessé de nous fournir tous les conseils nécessaires en même temps qu'il nous a donné la possibilité par un enseignement compétent et autorisé en cette matière d'atteindre notre but.

1. Cf. la thèse de Ts'ien Ta-sin, citée par Yang Hong-lie, *Tchong kouo fa lu fa ta che*, Histoire du développement du droit chinois, t. II, p. 1022.

Notre reconnaissance va aussi à l'Institut des Hautes Études Chinoises dans lequel nous avons trouvé les éléments nécessaires à nos recherches. En un mot, nous ne pourrions oublier l'accueil que nous avons reçu en France, accueil qui ne fait que fortifier la sympathie que nous avons toujours éprouvée pour ce beau pays.

PREMIÈRE PARTIE

ÉVOLUTION HISTORIQUE DU DIVORCE

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE

APERÇU GÉNÉRAL

L'étude de toute évolution historique est toujours une chose très importante et en même temps très instructive, surtout lorsqu'on veut approfondir une institution humaine. Qui dit humain veut dire quelque chose qui change en tout temps, or ce sont ces changements successifs de l'institution qui marquent son progrès, ils suivent la trace de ses caractères propres et nous permettent ainsi de la mieux connaître.

Il en est de même pour l'étude du divorce ; nous osons même dire que plus que toute autre question, son évolution historique doit retenir ici tout particulièrement notre attention. Le divorce appartient au droit de famille lequel droit est la partie du code civil la plus rattachée au passé. On craint toujours d'apporter à ce passé des modifications susceptibles de difficultés par la suite.

Étant donné que la Chine est le pays le plus traditionaliste du monde, où les institutions sont souvent plus que millénaires, que d'autre part on cherche à les rajeunir avec des principes nouveaux, il n'est pas surprenant que l'on se heurte à de nombreux obstacles pour la codification de

cette partie du Code civil. C'est bien pour cela que la promulgation de ce dernier a été retardée jusqu'à ces derniers temps ; il dut même être promulgué livre par livre. Le livre I : Des principes généraux, est le premier en date ¹. Tandis que le livre IV. : De la famille et le livre V. : Des successions, sont les derniers ².

Tout cela nous montre bien que l'étude de l'évolution historique du divorce présente non seulement un attrait historique, mais encore un intérêt incessant.

Cette étude pour être complète, doit envisager tout d'abord l'évolution historique de notre matière. Seulement, étudier l'évolution du divorce à travers les âges présente une certaine innovation qui ne nous permet pas de nous appuyer sur quelque classification déjà tracée, le sujet, croyons-nous, est sans précédent. Nous devons donc établir de nous-même une division que nous essaierons de rendre le mieux possible.

Nous nous proposons de diviser notre étude en trois périodes qui formeront le sujet de notre première partie, à savoir :

Chapitre I. État du divorce avant la dynastie des T'ang, la répudiation seule.

Chapitre II. Depuis la dynastie des T'ang jusqu'à celle des Ts'ing inclusivement ,coexistaence de la répudiation et du divorce.

Chapitre III. État du divorce depuis la Révolution de 1911 jusqu'à la promulgation du Code Civil.

Les raisons d'être de cette division sont multiples, mais nous pouvons les résumer en trois chefs :

1. Promulgué le 23 mai 1929 et entré en vigueur le 10 octobre 1929.

2. rPromulgués le 26 décembre 1930 et entrés en vigueur le 5 mai 1931.

1^o Ces trois périodes sont différentes au point de vue des textes. Dans la première période qui va jusqu'à l'avènement des T'ang, les textes qui traitaient du divorce étaient des livres tels que le *Li ki*, le *Kia yu*, etc. qui n'ont aucun caractère de droit et sont plutôt des livres rituels. Donc cette période est marquée par la prédominance des *li* sur les *fa*, c'est-à-dire des règles rituelles sur les règles de droit, distinction toujours essentielle en droit chinois.

Dans la deuxième période qui va de la dynastie des T'ang jusqu'à la dynastie des Ts'ing inclusivement, les règles rituelles continuaient à avoir des effets, mais le divorce était surtout sanctionné par des textes de lois. Il en était ainsi dans les codes dynastiques. Cette seconde période semble donc marquée par la conquête des *fa* sur les *li*.

Enfin la troisième période marque la prédominance des règles de droit. Dans cette période, bien que la partie civile du code des Ts'ing fut encore en vigueur (la partie pénale en a été abolie lors de la promulgation du nouveau Code pénal provisoire), cependant le *Ta li yuan*, cour suprême de Pékin, l'interprétait et le complétait toujours, sous le nom de principes généraux du droit, d'après les principes du premier projet de Code Civil (1909), lequel repose sur une base toute juridique. Nous verrons que ceci a préparé et facilité de beaucoup la mise en vigueur du Code Civil actuel qui est évidemment le triomphe complet des *fa* sur les *li*.

2^o La deuxième raison qui peut justifier cette division, est que ces trois périodes sont marquées par une différence de caractère dans leur évolution.

La première période, la plus longue, est aussi celle où l'évolution se fait la plus lentement. A cette époque, on

n'aimait pas beaucoup le changement. On croyait avoir atteint le point le plus haut des règles rituelles et de leur perfection, on ne pensait donc qu'à s'y conformer. La répudiation, avec ses sept causes et trois exceptions, restèrent stables pendant toute cette période.

Il en est différemment sous la deuxième. A partir de la dynastie des T'ang, (évidemment le mouvement commença bien plus avant les T'ang, mais c'est le Code des T'ang qui le marqua le premier), on ne possédait presque plus cet esprit conservateur. Les rapports entre les hommes devenaient de plus en plus compliqués et complexes. Les règles rituelles en même temps se dévoilaient insuffisantes et impuissantes. Par la force des choses, on fut donc obligé de recourir à d'autres règles pour parer à ces défauts. C'est ainsi que la répudiation fut sanctionnée par la loi positive, on ne pouvait plus se contenter des sanctions morales, à côté d'elles on créa le divorce proprement dit. Mais malgré le changement profond observé entre cette période et la précédente, cependant l'évolution ne se faisait qu'au delà d'un même principe. Évidemment ces conditions ne pouvaient rester longtemps satisfaisantes. C'est ce qui explique qu'à travers les cinq grandes dynasties : les T'ang, les Song, les Yuan, les Ming, et les Ts'ing il y eut très peu de changement dans les Codes, les perfectionnements que chacune d'elles apportaient étant vraiment insignifiants,

Au contraire, sous la troisième période, nous assistons à une modification complète.

Par le contact occidental, avec une civilisation si différente de la nôtre, beaucoup de principes nouveaux furent introduits en Chine. Alors l'horizon sembla s'élargir pour nos législateurs. Aussi l'évolution se fit-elle sur une base beaucoup plus étendue. Cet événement est évidemment

commun à l'évolution de l'ensemble de notre droit, mais celle du divorce y est particulièrement sensible. Telle est la deuxième raison de notre division.

3° Enfin, en troisième lieu, nous ne constatons, sous la première période, d'autre cas de divorce, dans son sens le plus large, que la répudiation de la femme. C'est le pouvoir absolu de la puissance maritale. Tandis que dans la deuxième époque, à côté de la répudiation, nous avons le divorce proprement dit qui permet aussi à la femme l'initiative de demander le divorce. Cependant, si nous ne considérons que le texte, nous sommes bien obligés de reconnaître que ce droit accordé à la femme était des plus restreints aussi bien au point de vue de son pouvoir d'action que de la manière dont cette action devait être présentée, en somme donc, ce droit restreint était beaucoup plus théorique que pratique.

Il en est tout autrement dans la troisième période où non seulement ce qui était auparavant théorique est mis pleinement en pratique, mais encore où l'égalité de la femme et du mari devant le divorce est absolue et fut poussée même plus loin qu'elle ne l'est dans le Code actuel.

Si nous nous sommes étendus un peu longuement sur ces raisons, c'est que nous voulions donner ici un aperçu général de l'évolution historique du divorce en Chine.

CHAPITRE PREMIER

ÉTAT DU DIVORCE AVANT LA DYNASTIE DES T'ANG LA RÉPUDIATION SEULE

Division du Chapitre. — Ce chapitre est divisé en quatre sections.

Section I. Observations générales.

Section II. Des sept causes de la répudiation.

Section III. Des trois exceptions à la répudiation.

Section IV. De la forme et des effets de la répudiation.

SECTION. I. — Observations générales.

Éliminons tout d'abord les temps préhistoriques où le mariage n'existait pas encore, où l'homme du peuple ne reconnaît que sa mère et non son père ¹.

Quant au temps où le mariage commença à être établi, nous ne parlerons du divorce qu'à partir du moment où nous trouvons des livres faisant foi de son existence et de la manière dont il était appliqué.

Les premiers textes qui parlent du divorce sont contemporains de Confucius, savoir : le *Li-ki* et le *Kong-yang*.

1. V. Yang Hong-lie. Histoire du développement du droit chinois, t. I, p. 4.

tchouan.¹ Évidemment ces textes ne font que relater des faits passés bien avant leurs auteurs. Si nous ne parlons que de cette époque, cela ne veut donc pas dire que le divorce n'existait pas avant Confucius, car il remonte beaucoup plus haut que lui².

Sous ces époques anciennes, comme nous l'avons déjà dit, c'étaient les règles rituelles qui dominaient. Quelques lois étaient écrites, mais elles étaient surtout répressives. (C'est ce que nous montre M. Tchen dans ses recherches sur les lois des Han). Cela n'est pas moins vrai pour les époques suivantes. Ainsi le Code des Ts'ing le dernier Code dynastique est essentiellement un Code pénal. Cependant, on y trouve quoiqu'assez rarement des règles de droit civil, tandis qu'il est impossible d'en trouver une seule dans les lois des époques anciennes; La matière civile était laissée aux soins des moralistes, qui la réglaient d'après les principes rituels.

Quel est donc le principe rituel qui règle le divorce ? On sait que les règles rituelles sont essentiellement déduites d'abord de la théorie de la rectification des noms, *tcheng ming*, ensuite de la notion de différenciation, *fen*, et que ces théories sont basées sur les cinq relations humaines, *Wou louen*, relations de prince à sujet, de père à fils, de mari à femme, de frère aîné à frère cadet, et enfin d'amis entre eux³. Or, de ces cinq relations humaines,

1. V. Tchen Chou-tai, *Kiou tch'ao lu k'ao* (Recherches sur les lois de neuf dynasties), liv. IV, p. 34 et pour le Keng yang tchouan, voir l'ouvrage de Kang Woo, *Les trois théories politiques de Tch'ouen Ts'ieou interprétées par Tong Tchong-chou d'après les principes de l'école de Kong-yang*, Paris 1932.

2. Voir notamment Tchen Kou-yuan, *Tchong kouo kou tai houen ying che* (Histoire du mariage de la Chine antique), p. 49 et s., le passage de l'abandon réciproque des époux d'après le *Che-king*.

3. Voir Hu Yan-mung, *Étude philosophique et juridique de la conception de « Ming » et de « Fen » dans le droit chinois*, Paris 1932.

Wou louen, c'est aux trois premières que l'on attache la plus grande importance ; on les appelle d'un nom spécial : « *san kang kang* veut dire chef, les deux mots signifient donc ensemble trois sortes de subordinations, à savoir le sujet est subordonné à son chef le prince, le fils à son chef le père, et la femme à son chef, le mari. Le divorce dans l'ancien temps était essentiellement soumis par les conséquences déduites de ce principe de *san kang*. En vertu de la dernière subordination, la femme peut être répudiée par son mari, tandis qu'elle ne peut rien contre lui, son chef. D'où la répudiation de la femme est seule admise à cette époque. En vertu de la deuxième subordination, la bru ainsi que le fils dépendant du père de ce dernier. Il s'en suit que la bru peut être aussi répudiée par ses beaux parents. Quant à la première subordination qui fait que le prince est le chef suprême de tout, si on l'applique à notre matière, il en résulte que le prince ou ses représentants peuvent ordonner la dissolution du mariage malgré la volonté des époux de rester unis. Cette dernière application n'est apparue que plus tard, dans la deuxième période, sous la forme de divorce obligatoire, car c'est là seulement que le divorce se trouve sanctionné par une loi positive.

Cette subordination hiérarchique d'où découlent les conséquences les plus injustes pour le divorce est aux yeux de nos anciens quelque chose de très important qui assure le bon ordre du pays. Mais pris au sens primitif, la subordination voulait dire seulement que toute société devait avoir dans son sein un chef qui la gouverne, et ne veut point dire que les droits des inférieurs puissent être complètement sacrifiés. Il s'agit pour chacun de bien remplir son rôle ; les supérieurs pas plus que les inférieurs ne doi-

vent abuser de leurs droits ou négliger leurs devoirs réciproques.

Les abus résultant de la fausse interprétation du principe sont œuvre postérieure, ils ne sont pas inhérents au principe, mais bien plutôt lui sont contraires. C'est une justice à rendre à nos anciens. Cependant c'est à cette mauvaise interprétation que sont sorties les conséquences fâcheuses du divorce, lesquelles ne sauraient être expliquées autrement.

Donc il n'existait à ce moment que la répudiation de la femme. Il est tout naturel de voir dans l'abus du droit de l'homme un danger grave pour la femme. L'histoire et les « Entretiens de famille de Confucius » nous apprennent que le père de Confucius, Confucius lui-même, ses descendants et même plusieurs de ses disciples en ont fait un grand usage. Nous en tirons donc la conclusion que la répudiation semble être très usitée à ce moment-là.

Cependant plus d'une raison entravait cette pratique :

1^o De bonne heure le peuple chinois entourait le mariage d'un religieux respect ; soit en raison qu'il était célébré devant les tablettes des ancêtres, donc que les époux étaient censés unis par ces derniers, soit en ce que la cérémonie était présidée par les parents. Les maris reculaient généralement devant la répudiation, quoi qu'ils en aient la faculté, étant donné le respect dû au culte ancestral et la piété filiale envers les parents.

2^o Une femme répudiée était considérée comme en dehors de la société, tout au moins dans la vieille conception de ce temps là ; elle était présumée avoir agi contre l'honneur et restait déconsidérée pour le reste de sa vie. Aussi sachant ce que la répudiation lui coûtera, la femme fait tout son possible pour ne pas être prise en faute et ne pas donner

au mari un motif de répudiation. Le mari de son côté, en connaissance de cause, se garde dans la généralité des cas de recourir à ce moyen excessif.

3° Comme le dit le P. Hoang dans son *Traité du mariage chinois*, l'injure résultant de la répudiation retombe sur toute la famille de l'épouse expulsée ; les procès et les inimitiés qui en découlent aident pour une bonne part à l'éviter et à maintenir l'opinion constante que le mariage est de nature perpétuel.

4° Enfin, deux autres freins inhérents à la répudiation sont beaucoup plus efficaces que ceux que nous venons de citer. C'est que la répudiation est limitée à sept cas et entravée par trois exceptions. Le mari ne peut répudier sa femme que lorsqu'il a contre elle une de ces sept causes. C'est là un point essentiel que nous devons signaler. La répudiation est une sorte de divorce pour causes déterminées, bien que pour arriver là le mari ne soit pas obligé de passer par la justice. et que ce droit ne soit attribué qu'à lui, et non à la femme. Cependant la répudiation ne dépend pas uniquement de la volonté unilatérale du mari, comme nous venons de le dire, il faut qu'il la justifie par une cause et que cette cause fasse partie des sept cas valables. Toujours est-il vrai que la Chine n'admet jamais le *divortium sine ulla causa* romain. Quiconque répudie sa femme sans raison suffisante, doit être puni selon ces règles rituelles, ou les sanctions morales, ceci au temps où les sanctions suffisaient, et dès le jour où la sanction morale n'eut plus l'efficacité nécessaire, comme nous le voyons dans la dixième période, il fut soumis à la loi positive. Cela est évidemment une protection pour la femme. Il y en a une autre tout aussi importante dans les trois exceptions. Lorsqu'une femme a à son profit une de

ces trois exceptions, elle ne peut plus être répudiée même si elle a contre elle une des sept causes. Les exceptions produisent donc les mêmes effets à l'égard de la répudiation que les fins de non-recevoir pour le divorce proprement dit.

Voyons maintenant quelles sont les sept causes de la répudiation, nous verrons ensuite les trois exceptions.

Mais avant de passer aux sections suivantes, il est bon de rappeler ici que la répudiation ne fut véritablement abolie du droit chinois que par le fait de la mise en vigueur du Code Civil. Rigoureusement nous ne devrions traiter ici que de l'état de la répudiation de la période antérieure aux T'ang. Seulement comme sur beaucoup de points, nous ne trouvons de textes qu'à partir des T'ang, il nous faut constamment anticiper pour notre explication sur ce qui se passait dans les périodes suivantes, et citer quelques passages des codes dynastiques, notamment le code des Ts'ing, un des plus complets entre tous.

SECTION II. — Des sept causes de la répudiation.

Les sept causes de la répudiation, *Ts'i teh'ou*, sont d'après l'ordre du *Li ki* : le manque de soumission aux parents du mari, la privation de fils, l'impudicité, la jalousie, une mauvaise maladie, la loquacité et le vol.

Ces causes peuvent être classées à notre avis en deux catégories. La première renferme les cinq causes suivantes : le manque de soumission aux parents du mari, l'impudicité, la jalousie, la loquacité et le vol. Ce sont là des causes où la femme commet vraiment une faute volontairement. Mais dans la deuxième catégorie, comprenant la privation de fils ou une mauvaise maladie, qui sont, il est vrai, des défauts de la part de la femme, mais pour les-

quels elle ne doit avoir aucune responsabilité, puisque ces défauts physiques sont indépendants de sa volonté.

Quelle est donc exactement la signification de ces causes ? Nous envisageons ici le sens primitif. Nous verrons dans les chapitres suivants qu'elles furent soumises à divers sens à travers les temps.

A. PREMIÈRE CATÉGORIE

LES CAS OU LA FEMME EST RESPONSABLE

1^o *Le manque de soumission aux parents du mari.* — D'après le livre des rites basé sur la logique, cette cause vient en premier lieu. En effet, d'après le principe des trois subordinations, *san kang*, l'autorité du père passe avant celle du mari. Après le mariage la femme comme son mari est sous la domination du père de celui-ci, elle est tenue à remplir à son égard les mêmes devoirs que son mari. Or le manquement de soumission aux beaux-parents dit le livre des Rites, est une violation de la piété filiale, c'est pourquoi la femme dans ce cas peut être soumise à la répudiation.

Cela s'explique très bien par le fait que le mariage n'émancipe pas les enfants, ceux-ci ne peuvent s'installer ailleurs, ils sont tenus de cohabiter chez les parents du mari.

Quand y a-t-il manquement ? Par fausse interprétation du principe, on en est arrivé à le faire dépendre de l'appréciation des beaux-parents. Il suffit que subjectivement ceux-ci déclarent que leur bru ne leur plaît plus pour que leur fils la répudie. Le sentiment du mari, la gravité de la faute de la femme, de tout cela on ne tient aucun compte. Ainsi d'après le chapitre, *Nei tsò*, (Rites des gynécées) du Li ki, « alors même que le fils trouve

agréable sa femme, si ses père et mère la trouvent déplaisante, il doit la répudier ». On voit que l'on peut aller très loin avec un pareil système. C'est là vraiment le déplorable défaut des règles rituelles, en voulant garantir l'autorité suprême, on n'hésite point à sacrifier n'importe quel droit des inférieurs.

2° *L'impudicité de la femme.* — Elle est une cause de répudiation en ce que la femme introduit par là du désordre au clan (mêmes références au livre de Rites ainsi que pour les raisons données plus bas).

De tout cela, une observation générale s'impose, c'est que la Chine, surtout la Chine antique, est fidèle au principe de toute organisation fondée sur la notion de famille.

On met au premier rang l'intérêt de la famille. C'est ainsi que toutes les causes de répudiation sont basées sur la protection de l'intérêt familial. Les sept causes de répudiation sont ni plus ni moins sept violations des droits familiaux. Quant aux droits individuels on les néglige, cela d'ailleurs de la même façon pour le mari que pour la femme. C'est là une grande différence avec la conception individualiste moderne qui protège avant tout les droits de l'individu.

Le mot impudicité que l'on traduit des deux caractères chinois : *ying* et *yi* a une portée évidemment plus étendue que le mot adultère. On entend par là non seulement l'adultère proprement dit, mais aussi tout acte impudique de la femme pouvant en constituer le présage. Nous verrons qu'un tel sentiment ne put être de longue durée, on ne tarda point en effet à ne plus considérer que l'adultère seul.

Quant au fait que l'impudicité de la femme est seule

prise en considération à l'exclusion de celle de l'homme qui reste toujours impunie, cela est une phase commune de l'histoire juridique de toutes les nations. La Chine ne saurait faire exception.

3° *La jalousie.* — La raison que donnent les textes anciens à cet égard est que par la jalousie la femme trouble la paix de la famille.

Cela s'explique facilement par le fait que dans une famille chinoise, il peut y avoir des concubines, et lorsqu'il n'y en a pas, la présence des belles-sœurs, femmes des frères d'une même famille habitant généralement sous le même toit peuvent donner lieu aux mêmes inconvénients. C'est tout à fait compréhensible que la jalousie entre femmes est une source de trouble dans la famille. On parle souvent de la solide constitution de la famille chinoise, on touche ici à la dureté de sa discipline, maintenant on saurait en dire le pourquoi.

4° *La loquacité.* — Elle est une cause de répudiation, parce que par elle la femme peut semer la discorde entre les parents. Cette question qui ne paraît pas sérieuse aujourd'hui, avait une importance énorme autrefois. La loquacité est un manquement à l'une des quatre vertus cardinales de la femme qui sont aussi des préceptes capitaux d'après les Rites (Voir la signification des « quatre vertus » *sseu té*, dans le dictionnaire Tseu yuan.

A part ces précédents historiques, la loquacité est une des causes de la répudiation la plus difficile à justifier. Nous croyons en toute sincérité que l'on ne saurait répudier une femme, pour la seule raison qu'elle est bavarde.

Il faut, pour en arriver à une telle solution, que la loquacité atteigne une gravité telle que la vie commune devienne

insupportable. Du reste le *Li ki* le dit implicitement lorsqu'il commente que la loquacité est une cause de répudiation parce que par là la femme sème la discorde entre les parents.

5° *Le vol*. — Il est une cause de répudiation en ce que la femme en s'en rendant coupable s'amasse un pécule aux dépens de la famille.

D'après les Rites du gynécée, *Nei tsö*, la bru pas plus que son mari ne doit avoir ni un patrimoine propre à elle, ni même un pécule. Tout ce qu'elle a doit être attribué au patrimoine de la famille. Si elle a besoin d'un peu d'argent pour quoi que ce soit, elle doit demander au chef de famille de lui en donner ¹.

Ainsi, non seulement le vol en famille est une cause de répudiation, mais encore le seul fait d'avoir un pécule est considéré comme vol et par conséquent, cause de répudiation. Han Fei-tseu en donna un exemple intéressant. Une mère en mariant sa fille lui conseille d'amasser un pécule pour ne pas se trouver dépouillée de tout le jour où elle sera répudiée (la répudiation était fréquente à ce moment-là). Mais plus tard, c'est précisément pour cette cause que sa fille est chassée de la famille de son gendre Han fei tseu (première partie du chapitre : *Chouo ling*, Livre VII p. 10).

Telles sont les cinq causes de la première catégorie.

B. DEUXIÈME GROUPE DE CAS OU LA FEMME N'EST PAS A PROPREMENT PARLER RESPONSABLE

1° *La privation de fils*. — Elle est une cause de répudiation parce que par là la femme frustre son mari de posté-

1. *Li ki*, p. 101 dans la Collection des 13 King.

rité mâle. Or une postérité mâle est exigée de tout père de famille pour perpétuer le culte des ancêtres. (lire le passage intéressant du Père Hoang sur le culte ancestral. *Mariage chinois*).

Étant donné l'importance du culte des ancêtres en Chine et la fille ne pouvant jamais succéder au culte, aux yeux de nos anciens le principal but du mariage était donc de procréer un fils. Il n'a plus sa raison d'être, si ce but est manqué, par suite le mari a le droit et même le devoir de dissoudre le mariage pour en contracter un nouveau afin de s'assurer un successeur. Seulement on oublie ou plutôt on néglige que ce n'est pas là une faute proprement dite de la femme.

Il est clair que l'expression : privation de fils veut dire que la femme peut être répudiée par son mari quand bien même elle lui aurait donné des filles. Il n'y a l'ombre d'aucun doute que cela veuille dire seulement stérilité de la femme comme le prétend cependant le *Ta li yuan* (Cour suprême) plus tard dans ses décisions d'interprétation et ses arrêts.

Voilà encore un point qui prouve une fois de plus l'injustice dont la femme fut souvent victime. Aussi essaya-t-on d'y remédier de bonne heure par quelques palliatifs. Tout d'abord la femme de l'Empereur suzerain comme celles des seigneurs vassaux ne pouvaient être répudiées pour la seule cause de manquement de fils ¹. Cela parce que l'Empereur et les seigneurs ont souvent un grand nombre de femmes secondaires à côté de la femme principale. Ainsi le nombre de femmes de l'Empereur pouvait atteindre cent vingt ².

1. Cf. Tchen Chou-tai. *Recherches sur les lois des neuf dynasties*, livre IV, p. 35.

2. V. Tchen Kou-yuan. *Histoire du mariage de la Chine antique*, p. 54 ets.

Donc en supposant que la femme principale ne donne pas de fils, les autres, par leur grand nombre, arriveront certainement à en donner au moins un.

Le *Kou leang tchouan* nous fournit un autre moyen qui consiste à marier un groupe de trois filles à un seul mari afin de lui donner une chance plus grande d'avoir un fils. Et si l'une d'elles donne un fils, toutes les trois seront à l'abri, c'est-à-dire qu'aucune d'elles ne pourra plus être répudiée pour manquement de fils¹.

Dans les époques suivantes, lorsque ces mœurs furent abolies, on eut toujours le moyen d'avoir des concubines pour procréer un fils que l'on ne peut obtenir de la femme principale au lieu de répudier celle-ci pour en épouser une autre. C'est ainsi que plus tard le *Ta li yuan* considéra même ce fait comme une fin de non-recevoir à une demande en divorce pour cause de privation de fils².

2° *Une mauvaise maladie*. — La raison qu'en donne le livre des Rites est que considérée impure, la femme malade ne doit pas préparer les mets pour les offrir en sacrifice aux ancêtres. Ce n'est donc pas comme on serait porté à le croire que la maladie ait toujours une origine honteuse. Or, être malade n'est pas précisément une faute, mais plutôt un malheur.

Voilà encore une cause injuste de répudiation due au culte ancestral !

Nous ne sommes pas les seuls à protester contre l'injustice des deux causes de ce deuxième groupe. Avant nous, deux auteurs de la dynastie des Ming (1368-1643)

1. *Kou leang tchouan*, p. 58, dans la Collection des 13 King.

2. Voir la décision d'interprétation du 14 juin, an VI (1917), n° 591, série T'ong, Kouo Wei, I, p. 327.

discutèrent longtemps cette question. D'abord Song Lien prétend que ces deux causes ne doivent pas être « de la conception des sages ». Tandis que les cinq autres causes se justifient, disait-il, le manque de fils et une mauvaise maladie sont difficiles à admettre comme causes de divorce. Ce sont des faits qui ne dépendent en rien de la femme. Si elle se trouve par hasard dans l'un de ces deux cas, c'est tout simplement un malheur pour elle. Quelle horreur que de vouloir chasser une femme parce qu'elle est dans le malheur ! Le lien qui unit la femme au mari est un lien comparable au lien naturel. Le mari par rapport à la femme est comme le ciel par rapport à la terre. Or, non seulement ne pas avoir pitié de sa femme dans le malheur, mais encore la rejeter parce qu'elle est dans le malheur, cela n'est pas la vertu du ciel. Dire qu'une telle institution est celle d'un sage, c'est une injure pour lui. »

Par contre, son contemporain Wang Wei soutint une thèse diagonalement opposée. « Une femme, disait-il, a deux devoirs essentiels : l'un est le service du culte ancestral, l'autre est d'en assurer l'éternité. Ce sont là aussi deux actes capitaux pour tout être humain. Si maintenant une femme ne donne pas de fils, elle laisse tomber la continuité du culte. Si elle a une mauvaise maladie elle ne peut plus assurer le service du culte. Les cinq autres fautes sont des offenses à l'homme, ici, ce sont deux fautes qui offensent le ciel. Dans les deux cas, il y a également offenses, donc la femme qui en est l'auteur mérite bien la même sanction, la répudiation...¹ »

En effet, la répudiation est essentiellement l'œuvre des

1. Yang Hong-lie. *Histoire du développement du droit chinois*, p. 860-861.

règles rituelles, tout comme le culte qui appartient au même ordre. On comprendra facilement la gravité du manque de fils ou d'une mauvaise maladie, si l'on comprend l'importance du culte pour nos anciens. Les deux dernières causes comme les cinq premières, si on les place uniquement au point de vue de l'intérêt familial comme elles devaient l'être du reste, sont moins injustes que si on les considère au point de vue purement individuel. Seulement l'idée de mettre toujours l'intérêt de la famille avant celui de l'individu est ici éclipsée par l'attache d'une trop grande importance au culte des ancêtres. On fait trop pour les morts aux dépens des vivants.

Pourtant faire prévaloir l'intérêt familial semble une solution plus heureuse que de ne s'occuper que de l'intérêt individuel. Pourquoi les juristes modernes acceptent-ils^s toute maladie incurable ou mentale comme cause de divorce ? si ce n'est en vue de protéger l'intérêt du groupe, l'ensemble de la race. On ne rend pas moins victime un innocent. Mais comme c'est dans le but de protéger la génération future et non pour honorer le culte des ancêtres, génération passée, n'est-ce pas plus rationnel et légitime ? Il en est de même dans notre Code civil actuel, c'est pourquoi nous tenons à insister particulièrement sur ce point.

SECTION. III. — Des trois exceptions à l'exercice de la répudiation.

S'il y a des préceptes rituels qui se tournent contre la femme, il en est d'autres, au contraire, qui lui profitent. Notamment on établit trois exceptions aux nombreux cas de répudiation, *San pou tch'ou*, et cela aussi au nom de

Rites, li¹. Ainsi les sept cas de répudiation et les trois cas qui y sont opposés ont toujours coexisté. On les trouve cités côte à côte dans le *Li ki*. Plus tard, ils furent également sanctionnés par les codes dynastiques.

Ces trois cas sont :

1^o Celui où la femme a porté trois ans de deuil (pour le père ou la mère du mari).

2^o Celui où un changement de fortune constitue l'époux riche et honoré de pauvre et vil qu'il était auparavant.

3^o Celui où la femme n'aura plus de famille pour la recevoir si elle est répudiée.

Étudions chacun de ces cas séparément.

1^o *Celui où la femme a porté trois ans de deuil.* — Le fait d'avoir porté trois ans de deuil pour le beau-père ou pour la belle-mère. Cette exception est aussi basée sur le principe des trois subordinations, *san kang*, que nous avons déjà invoquées plus haut, du fait que l'autorité paternelle doit primer toujours l'autorité maritale. Ainsi, d'après les Rites du gynécée, si la femme déplaît à son mari mais que son beau-père et sa belle-mère disent à celui-ci : « cette femme nous soigne bien », le fils devra la garder toute la vie, et la traiter comme il convient². Si donc une femme a porté le deuil de son beau-père ou de sa belle-mère, c'est qu'elle les a bien soignés pendant leur vie et qu'elle a rempli tous ses devoirs à leur égard, après la mort, par conséquent elle était agréée par eux, le mari ne saurait donc la répudier sous le prétexte d'une faute commise à son égard.

1. Voir 1^{er} commentaire officieux du chapitre xvi « Répudiation », Livre X, dans le *Ta Ts'ing lu lich*.

2. *Li-ki*, Livre VIII. Chapitre, *Nei tsö*, p. 101.

Il y a encore une autre raison donnée par le *Li ki* : « Puisque la femme a porté trois ans de deuil, le mari ne doit pas être ingrat envers elle. » Il faut remarquer ici que le signe de deuil n'est pas seulement une manifestation de souvenir que l'on a pour la mort, il a une signification beaucoup plus importante en Chine ; il est une marque de respect profond et d'attachement affectueux que les inférieurs ont pour leurs parents supérieurs morts. C'est pour cela que le deuil a toujours été réglé soigneusement chez nous. La femme qui a porté trois ans de deuil, c'est-à-dire qu'elle a vécu pendant trois ans d'une vie sévère (le deuil chinois ne consiste pas seulement à porter les habits en signe de deuil) a donné par là une preuve assez longue de son profond attachement envers la famille de son mari. Elle mérite d'être membre de cette famille. Aussi son mari doit lui en être reconnaissant, en conséquence, il n'a plus le droit de la répudier.

Aujourd'hui, on émet quelquefois le principe de ne plus accorder le divorce à des époux mariés depuis un certain nombre d'années. Eh bien ! cette idée a été mise en pratique chez nous pendant des siècles sous forme d'empêchement à la répudiation. Elle n'a été écartée que depuis l'application du Code civil.

2^o *Changement de fortune qui constitue l'époux riche et honoré, de pauvre et vil qu'il était auparavant.* — Le changement de fortune est un empêchement à la répudiation, cela se comprend aisément d'une part parce que le mari ne doit pas être ingrat envers son épouse qui l'a aidé à acquérir une fortune, d'autre part parce que l'on craint que le mari gâté par la richesse n'abuse de son droit de répudiation pour satisfaire ses passions. Ce sont là deux cas de

présomption contre le mari. Cet empêchement ainsi motivé n'est que justice. Mais la difficulté existe pour la femme de faire la preuve du changement.

3^o Manque de famille où l'épouse renvoyée puisse se retirer.

— C'est au nom de l'humanité que cet empêchement est établi. En effet répudier une femme, c'est la renvoyer dans sa famille paternelle ; s'il ne reste personne pour la recevoir, il est inhumain de la répudier pour la laisser dans un état de dénuement. Généralement la femme chinoise n'a pas de biens propres, nous avons vu qu'elle ne pouvait pas en avoir, il est donc impossible pour elle de vivre toute seule.

Mais le cadre des parents qui ont l'obligation de recevoir une fille répudiée est assez étendu, il est donc fort rare que ces parents fassent tous défaut.

D'après le livre des Rites de Tai l'ainé enrichi d'un commentaire, ces parents sont ceux appartenant aux classes de deuil de neuf mois et un an, à savoir : son père et sa mère, son grand-père et sa grand-mère, (paternels) ses oncles paternels et leur femme, ses tantes paternelles, ses frères et sœurs, enfants de ses frères, ses cousins germains et cousines germaines nés d'oncles paternels.

Ces trois exceptions à l'empêchement de répudiation sont fort avantageux à la femme, par eux elle se trouve protégée efficacement. Ainsi, par exemple, pour une femme sans enfant mâle, elle ne peut être répudiée qu'après la cinquantaine, d'après le Code des T'ang ; il est fort rare que dans ce cas son beau-père ou sa belle-mère ne soient pas déjà morts et que les trois ans de deuil n'aient pas été effectués. Si son mari était pauvre et vil, il est fort rare que pendant cette longue durée la fortune n'ait pas été faite.

Et enfin, comme la femme ne peut être chassée, si elle n'a pas de proches parents, eh bien dans le cas affirmatif elle sera protégée par eux contre les abus que peut commettre son mari. Qu'a-t-elle donc à craindre ?

Mais ici, nous ne devons pas ignorer que parmi les sept causes de répudiation, il y en a qui revêtent un caractère péremptoire, et qu'alors le mari peut répudier sa femme, alors même qu'elle ait en sa faveur l'une des trois exceptions.

Les causes péremptoires ont beaucoup changé quant au nombre et quant au fond, suivant les époques ;

a) Primitivement, elles étaient au nombre de deux : l'adultère et le manquement à la piété filiale. (Livre des Rites de Tai l'aîné, enrichi d'un commentaire).

b) Au temps des T'ang et des Song, elles sont encore au nombre de deux, mais le fond est changé, ce ne sont plus l'adultère et le manque de piété filiale, mais l'adultère et une mauvaise maladie (Codes des T'ang et des Song)

c) Enfin, sous les dynasties Yuan, Ming, et Ts'ing, seul l'adultère reste une cause péremptoire. (Voir les Codes de ces trois dynasties).

Cette constatation nous permet de dire :

1^o Que l'adultère est depuis les temps anciens considéré comme une cause péremptoire. Il en est encore ainsi d'après le Code civil.

2^o Que la piété filiale est considérée comme cause péremptoire seulement dans le commencement, elle finit de l'être à la dynastie des T'ang sous laquelle la répudiation commence à être sanctionnée par une loi positive.

3^o Que depuis la dynastie des Yuan, dynastie mongole qui attache bien moins d'importance aux dispositions rituelles, ni le manque de piété filiale, ni la maladie mauvaise ne sont plus considérés comme causes péremptoires.

SECTION IV. — De la forme et des effets
de la répudiation.

Division de la section. Cette section comprend deux paragraphes :

§ 1. *De la forme de la répudiation.*

§ 2. *Des effets de la répudiation.*

§ 1. — *De la forme de la répudiation.*

Avant de parler de la forme proprement dite, voyons tout d'abord à qui appartient le droit de répudier.

a) *Il appartient au mari.* — D'après les concepts anciens, conséquence tirée du principe des trois subordinations, San kang, il est du devoir de la femme de suivre son mari, mais au mari il appartient de pouvoir répudier sa femme. Jamais la femme ne doit elle-même rompre le lien qui l'unit à son mari ¹. Il est donc évident que le droit de répudiation appartient au mari seul.

C'est pourquoi les sept causes et les trois exceptions susdites ne concernent que la femme et n'ont rien à voir avec le mari.

C'est là le grand défaut de la répudiation : l'inégalité de traitement entre l'homme et la femme.

b) *Le droit de répudiation appartient encore aux parents du mari.* — Nous avons vu que le principe des trois subordinations (principe de la tyrannie des supérieurs sur les inférieurs, au moins c'est cela d'après une fausse interprétation de fait) a fait que l'influence du pater familias

1. Voir 3^e commentaire officiel du chapitre de la répudiation, livre X, p. 38 dans le *Ta Ts'ing lu li*.

domina toute la question de causes et d'empêchements à la répudiation. Elle est encore plus exorbitante ici. Le droit de répudiation qui n'appartient pas à la femme, l'une des deux parties du mariage cependant appartient par contre aux parents du mari qui ne sont que tiers par rapport aux époux.

Ainsi d'après les Rites, le passage du *Li ki* que nous avons cité plus haut, porte que si une femme ne convient pas à son mari, et que les beaux-parents la trouvent bonne, elle doit être gardée. Au contraire, une femme convenant au mari, si les beaux-parents la trouvent désagréable, doit être répudiée¹. Le pouvoir des parents est donc ici non seulement absolu, mais encore arbitraire.

Une pièce de vers célèbre intitulée : Paon s'envole vers le Sud-est, essaye de prouver l'iniquité de ce pouvoir. L'auteur raconte une histoire de la fin de la dynastie des Han ; il s'agit d'une femme à tous points de vue irréprochable répudiée par sa belle-mère, malgré l'amour que son mari a pour elle. Irrités de cela, les deux époux finissent par se suicider².

Devant une telle situation, nous nous demandons si dans les anciens temps le consentement des parents était toujours une condition nécessaire à la répudiation par le mari.

Mais il y a plus encore, il semble que ce droit exorbitant des beaux-parents survive encore après la mort de leur fils. C'est pourquoi plus tard le *Ta li yuan* distingua deux cas : celui où le mari vit encore, et celui où le mari est déjà mort. Dans le premier cas, en présence des deux pouvoirs, le pouvoir paternel et le pouvoir marital, la Cour suprême ne permet plus la prédominance de la puissance paternelle.

1. *Li ki*, livre VIII, chapitre *Nei tsö*, p. 101.

2. Voir l'ouvrage *Kou che yuan*, Source des vers antiques, vers des Han.

Qu'il s'agisse d'une répudiation ou d'un divorce, elle exige toujours le consentement propre du mari. Mais dans le second cas, comme le mari n'existe plus, elle permet aux parents de renvoyer sa veuve, dans le cas seulement où la femme aurait des relations coupables.

Quant à la forme proprement dite de répudiation, il n'y en a pas de bien fixe. La répudiation est une affaire privée entre la femme et le mari ou encore les parents de ce dernier, l'autorité publique n'a pas à intervenir d'aucune façon. Même lorsque plus tard la répudiation fut sanctionnée par une loi positive, les juges n'étaient appelés à statuer que pour punir les irrégularités.

Il faut arriver à l'époque des Ts'ing pour voir dans le Code une forme prescrite et cela seulement pour un cas particulier de répudiation, la répudiation d'une femme décorée d'un titre de dignité. D'après la loi, si un fonctionnaire voulait répudier sa femme déjà décorée d'un titre de dignité, il devait d'abord porter la cause au ministère de la justice criminelle, *Hing p'ou*. Si ce ministre accueillait la demande, il en informait le ministère des charges, *Li-p'ou*, lequel dépouillait la femme de son titre de dignité. Ce n'était qu'après cela que le fonctionnaire pouvait la répudier ¹.

Ce n'est donc pas dans la loi qu'il faut chercher les règles concernant la forme de répudiation. Voyons maintenant s'il en est autrement dans les coutumes.

Une pièce de théâtre intitulée : « la répudiation de la femme de Tchou Mai-tch'en » très populaire en Chine, nous apprend que la répudiation doit être constatée par un acte écrit, appelé « Sieou chou », acte de répudiation, et que cet

1. Collection de lois et de décrets de l'Empire, éditée par ordre de Kia King. L. 604. Cf. le Père Hoang, *Du mariage chinois*, p. 112.

écrit pour avoir force probante doit être signé par le mari. non pas n'importe comment, mais par l'apposition d'une empreinte digitale.

Cette coutume, si elle ne date pas de la dynastie des Han, comme on le prétend dans la pièce. (Tchou Mai-tch'en est un lettré des Han très connu par son obstination au travail) est au moins une coutume très ancienne, puisque la pièce elle-même est une pièce très vieille.

Cet acte est évidemment unilatéral comme la répudiation elle-même. Il est fait par le mari et donné à la femme comme preuve.

Il est difficile de savoir exactement ce qu'il contient, il semble que le mari se garde en général d'indiquer la vraie cause pour laquelle il la répudie afin de ne pas trop la déshonorer, parce que cela pourrait être un obstacle à son deuxième mariage.

C'est ainsi que Ts'eng Tseu, disciple de Confucius avait répudié sa femme, disait-il, pour la seule raison qu'elle avait mal fait cuire une poire pour sa belle-mère « Rompre avec un ami, disait-il à ses disciples, c'est pour qu'il puisse être ami des autres. Chasser une femme, c'est pour qu'elle puisse épouser un autre homme. A quoi bon en indiquer les causes. »

Ce passage est également cité dans l'Histoire du mariage de la Chine antique¹, mais l'auteur ajoute que ce n'est point là la manière habituelle dont sont écrits les actes de répudiation des siècles après. Dans ceux-ci les maris maudissent leurs femmes de la manière la plus brutale et les traitent comme de véritables ennemies. Nous voyons donc par là que l'acte de répudiation existait même

1. Tchen Kou-yuan, *Histoire du mariage de la Chine antique*, p. 47.

dans les siècles suivants et aussi la manière dont il était pratiqué.

§ II. — *Des effets de la répudiation.*

Aperçu général. — *a)* Dissolution plus parfaite dans le cas de répudiation que dans le cas de mort de l'un des époux. Dans le cas de mort de l'un des époux, sauf que la vie commune est arrêtée, donc qu'un nouveau mariage est possible, tout lien d'alliance et tout lien de parenté entre le conjoint survivant et la famille du conjoint décédé, ainsi que pour les deux familles entre elles, persistent comme auparavant à tous les points de vue. (Cette particularité par rapport à ce qui existe ailleurs est également soulignée par le *Ta li yuan* dans une décision d'interprétation du 13 mai an IX. (1920) n° 1289, série T'ong) ¹.

La question d'avoir donné ou non un enfant ne se pose pas ici, la veuve sans enfant est traitée de la même façon que si elle en avait (Code des Ts'ing, Livre III, chapitre IV, loi supplémentaire 2).

De plus, comme nous l'avons vu, c'est à cause de cette persistance du lien que la bru veuve est susceptible d'être répudiée par ses beaux-parents.

Au contraire, lorsqu'il y a répudiation, bien que les deux époux soient encore en vie, le lien entre eux et celui entre leurs familles sont complètement rompus. Nous verrons aussi que cette rupture est complète lorsque la femme n'a pas donné d'enfant.

b) Comparaison de la femme répudiée avec la veuve qui se remarie.

La situation de la veuve est différente de celle de la

1. *Kouo wei*, I, p. 749.

femme répudiée tant que la veuve garde la viduité. Mais elle est tout à fait comparable à celle de la femme répudiée, une fois que la veuve passe en secondes noces. Dans bien des cas en effet le code des Ts'ing (le seul à nous fournir ces détails) les assimile l'une à l'autre, notamment dans les rapports des enfants avec leur mère répudiée ou passée en secondes noces ¹.

Cependant il existe une petite différence entre elles. C'est que la veuve en se remariant, rompt d'elle même avec la famille du mari qui ne l'a pas chassée comme une femme répudiée ².

Deux conséquences très importantes découlent de là.

1^o Tandis que la veuve qui passe en secondes noces ne peut porter chez son second mari ni les biens du mari défunt, ni même le trousseau qui lui vient de sa propre famille ³, la femme répudiée peut toujours reprendre sa dot.

2^o La veuve remariée qui bat ou injurie les grand'père, grand'mère, père ou mère de son ancien mari défunt est punie de la même façon que les brus qui battent ou injurient leurs beau-père ou belle-mère ⁴. Par contre la femme répudiée qui bat ou injurie les parents de son ex-mari n'est punie que comme ayant agi envers une personne quelconque, c'est-à-dire qu'il y a absence de circonstances aggravantes ⁵.

c) Absence de rétroactivité.

1. Liv. XXVIII, chap. xviii. Commentaire officieux, II et liv. V, chap. xvii. Commentaire officieux, II.

2. Liv. XXVIII, chap. xxi, commentaires officieux, I, II et IV.

3. Loi supplémentaire, II du chap. iv, du liv. VIII.

4. Liv. XXVIII, chap. xxi, loi principale, I^{re} et liv. XXIX, chap. viii, loi principale I^{re} du Code des Ts'ing, les mêmes distinctions se trouvent aussi dans les Codes dynastiques précédents.

5. Commentaires officieux des mêmes chapitres.

La répudiation, comme tous les cas de dissolution du mariage, laisse subsister le mariage avec tous ses effets dans le passé, elle n'a d'action sur lui qu'en ce qui concerne l'avenir.

Ceci dit, nous allons étudier les effets en eux-mêmes.

1° Dans les rapports des époux entre eux.

2° Dans les rapports des époux et des enfants.

3° Dans les rapports de chaque époux avec la famille de l'autre.

1° *Effets de la répudiation dans les rapports des époux*

Une fois que la répudiation a eu lieu, les époux sont libérés de tous les devoirs et dépouillés de tous les droits qui ont pour origine le mariage. La femme est retirée de l'autorité maritale pour se soumettre de nouveau à l'autorité paternelle de ses propres parents. Elle ne fait plus l'usage du nom de famille de son mari. (A ce moment là le mari ne fait pas suivre son nom de celui de sa femme). Elle est exclue des membres de la famille du mari. A la mort de ce dernier elle ne peut plus se prévaloir d'aucun droit, ni pour la question alimentaire, ni pour la gestion de ses biens, seuls droits cependant auxquels une femme peut prétendre dans la succession de son mari défunt à ce moment. En un mot, le mariage n'est plus. Nous ne nous arrêterons pas ici. Nous allons étudier deux autres points plus importants : a) le remariage ; b) la reprise de dot.

a) *Le remariage.* — Après la répudiation, les deux époux reconquièrent réciproquement leur indépendance pour contracter un nouveau mariage chacun de son côté. Pour le mari il n'y a pas de doute qu'il a ce droit, et qu'il peut, s'il le veut, se remarier tout de suite. Pour la femme, la

loi ne lui interdit pas de contracter un nouveau mariage, une fois répudiée. Les Rites ne le défendent pas non plus. Ainsi nous avons vu que l'on évite d'indiquer la vraie cause dans l'acte de répudiation dans le but précisément de faciliter le remariage de la femme. Le tableau de deuil de son côté parle de la diminution du temps de deuil pour une mère répudiée (un an au lieu de trois) et cela parce que la famille de son second mari portera son deuil pendant trois ans¹.

Seulement les Rites et plus tard la loi encouragent la femme même répudiée par son mari à garder la viduité. L'un des commentaires officieux du Code des T'sing prétend que la répudiation consiste seulement à renvoyer la femme dans sa famille propre et que cela ne veut point dire que la femme est dorénavant libre d'épouser quelqu'un autre (Comm. 6 du chapitre de la répudiation, liv. X).

Par conséquent la répudiation ne serait qu'une sorte de séparation de corps qui ne dissout pas le lien du mariage. De nombreux préceptes rituels existent contre le remariage. tel celui-ci : « Une femme chaste ne doit pas épouser deux maris dans sa vie ». Enfin l'encouragement donné par la loi est plus typique encore. Ainsi une disposition du Code des Ts'ing décide que si une femme ne s'est pas remariée, malgré la répudiation, si elle a un fils, ou un petit-fils en dignité, elle peut être décorée du titre de cette même dignité². Par contre, si elle s'est remariée, elle n'aura pas ce droit, et si elle en est décorée avant son nouveau mariage, elle en sera dépouillée après³. Une autre disposition commune à tous les Codes dynastiques dit qu'une

1. Tchen Kou-yuan. *Histoire du mariage de la Chine antique*, p. 64.

2. Loi unique, chap. XII, liv. IV.

3. 3^e Commentaire du même chapitre.

mère répudiée non remariée peut profiter du même privilège que son fils ; si par hasard elle est coupable de quelques crimes ou délits, elle aura le même traitement de fauteur que son fils ¹.

Le remariage d'une femme répudiée, quoique vu d'un mauvais œil par les Rites comme par la loi, est donc toujours permis. Mais il y a une autre question spéciale à la femme. Celle du délai de viduité en vue d'éviter toute confusion de part. Nous ne trouvons nulle part une disposition visant ce point. La veuve, il est vrai, ne doit pas se remarier avant l'accomplissement de l'obligation de porter le deuil pendant trois ans de son époux défunt. On a justement raison de voir là une sorte de délai de viduité, bien que ce soit plutôt une idée de convenance qui domine que la crainte que confusion de part. Mais la question de deuil ne se pose pas, lorsque le mari vit encore. Et même si le mari meurt peu de temps après la répudiation, le mariage étant dissous, la femme n'est point tenue de porter le deuil pour lui. Il n'y a donc pas de délai de viduité à observer pour la femme répudiée. Cependant il faut reconnaître que si le mari avait connaissance de la grossesse de la femme, il ne la répudierait pas avant que l'enfant ne soit né, et notamment il ne pourrait pas dans ce cas répudier sa femme pour cause de manque de fils. Mais la question resterait toute entière si les époux ne s'en apercevaient pas avant la répudiation.

Le nouveau mariage peut se faire avec toute autre personne, sauf pour la femme — il est plus libre pour le mari — nous verrons plus loin que le mariage avec certains proches parents de son ancien mari lui est interdit. Si elle est

1. Voir dans le chapitre *Des huit classes privilégiées* de chaque Code dynastique.

répudiée pour cause d'adultère, elle ne peut pas épouser son complice¹.

Si le nouveau mariage doit avoir lieu entre la femme répudiée et son ancien mari, il est soumis aux règles suivantes :

Tout d'abord une disposition qui ne se trouve que dans le Code des Yuan défend le mariage entre un mari et son ancienne femme répudiée qui, étant passée en secondes noces, est maintenant veuve². Le remariage est donc interdit entre les anciens époux si la femme répudiée s'est mariée avec une autre personne et cela quand même la seconde union est dissoute.

Divers commentaires non officiels du Code des Ts'ing nous fournissent quelques explications à propos du rapt d'une femme répudiée passée en secondes noces, par son premier mari. Une première opinion soutient que si ce dernier a épousé une seconde femme, il sera puni selon la loi et devra rendre la femme enlevée à son second mari. Au contraire, s'il n'a pas épousé d'autre femme à la suite de la répudiation de la première, il sera puni d'une peine moindre, mais la femme ne sera pas restituée. D'après le premier point, le remariage entre ex-époux est donc encore interdit si à la suite de la dissolution du premier mariage, le mari en a contracté un autre.

Mais le second point est combattu par une deuxième opinion qui préconise, à juste titre, que par la répudiation, la première union n'existe plus, la femme répudiée n'est plus la femme de son ex-mari, elle a le droit d'épouser un autre homme et par conséquent même si le premier mari n'a pas épousé une autre femme, il n'est pas moins tenu

1. Code des Ts'ing, liv. XXXIII, chap. 1^{er}, loi 4.

2. Yang Hong-lie. *Histoire du développement du droit chinois*, p. 739.

de rendre la femme enlevée à son second mari. L'auteur ajoute que le mariage étant une union de première importance, le mari ne doit pas à la légère chasser et reprendre sa femme uniquement selon son bon plaisir. La peine que doit subir le mari pour son rapt ne doit pas être diminuée même si son ex-femme n'a pas passé à un autre époux ¹.

Il résulte de tout cela que :

1° Le remariage n'est pas possible entre les ex-époux si l'un d'eux a contracté un second lien (pour la femme quand bien même le second lien serait dissous).

2° Dans le cas contraire, c'est-à-dire que s'ils n'ont pas contracté d'autre lien, le remariage reste possible.

3° Dans le cas où le remariage est possible, un nouveau consentement mutuel est nécessaire, et ce consentement doit être librement donné surtout par la femme. Le remariage doit alors être fait dans une bonne forme. Autrement dit, une nouvelle célébration est nécessaire. Puisque le premier lien est dissous par la répudiation, l'union clandestine de deux ex-époux ne forme pas un mariage mais un concubinage ².

Enfin, autrefois le remariage comme le mariage devait toujours être présidé par les parents. A la différence du second mariage d'une veuve, où les parents du mari dominent, le second mariage d'une femme répudiée dépend de nouveau de ses propres parents. *Le Ta li yuan* fait ressortir ce point dans un arrêt de l'an IV (1915) ³.

b) *La reprise de dot*. — Le sort des biens de la femme occupe une place assez importante dans le nouveau Code

1. 6° Commentaire non officiel du chap. XII du liv. X.

2. Sur ce dernier point, voir *Li ki*, chapitre, *Nei tso*, p. 108.

3. Série Chang n° 213. *Kouo Wei A.* p. 213.

civil. Au moment de la formation du mariage qui est tout à la fois une société des personnes et une société des biens, on doit s'occuper des régimes matrimoniaux. Au moment de sa dissolution, on doit s'occuper de la séparation des biens. Cette question avait beaucoup moins d'importance autrefois parce que la femme n'avait généralement pas de biens.

Lors de son mariage, ses parents ne lui donnaient qu'une dot consistant en vêtements, ornements, meubles meublants et autres choses de peu d'importance. Lors de la mort de ses parents, elle ne pouvait leur succéder que dans le seul cas où personne peut être institué légalement héritier par eux ¹. Ce qui était tout à fait rare étant donné le grand nombre de personnes pouvant être institué comme héritier.

Ainsi une fois mariée, la femme était sustentée par le mari. Une fois répudiée, elle retombait à la charge de ses propres parents. C'est pour cela que le manque de famille du côté de la femme constituait un empêchement à la répudiation. La question de la reprise des biens ne se posait pas à l'exception de la dot que la femme pouvait réclamer à cause de son origine.

Or, depuis de nombreux siècles, il était d'usage quand on répudiait sa femme de lui restituer tout ce qu'elle avait apporté au moment du mariage ².

Ainsi d'après un décret-loi des Ts'ing, la restitution de la dot devait se faire devant un arbitre. Si, à cette occasion, les deux familles, du mari et de la femme, en venaient à des voies de fait, elles étaient jugées suivant la loi relative aux rixes et coups ³.

1. Code des Ts'ing, liv. VIII, chap. III, loi supplémentaire 2^e.

2. *Li Ki*, chapitre *Tcha ki*, divers, 2^e partie, p. 155.

3. P. Hoang, *Mariage chinois*, p. 112.

Nous verrons que cette obligation de la restitution de la dot de la femme, malgré sa faute fut maintenue par le Ta li yuan dans ses décisions.

2° *Effets de la répudiation à l'égard des enfants.*

Par la répudiation, la femme seule était expulsée de la famille du mari. Les enfants communs y restaient. Le rapport entre les enfants et leur père ne changeait donc point. Le changement n'avait lieu qu'à l'égard de la mère. Tout d'abord comme les enfants ne pouvaient pas sortir de la famille paternelle, ils ne pouvaient jamais être attribués à la mère. Puis d'après le tableau de deuil, document classant le degré des parents par le deuil, la durée du deuil qu'un enfant devait porter pour sa mère répudiée était diminuée de deux années, elle n'était donc que d'un an au lieu de trois normalement ¹.

S'il s'agissait de fils aîné, héritier principal du père, il ne portait pas de deuil pour sa mère répudiée. Ceci parce qu'il devait alors se consacrer tout entier au côté paternel ².

Mais à part cette différence, le lien entre la mère et ses enfants restait presque tel quel. Un an de deuil suffisait pour rappeler le lien de parenté entre eux. D'ailleurs, même dans le cas où le deuil était complètement supprimé, la mère répudiée ne restait pas moins parente de l'enfant. D'après le tableau de deuil, on distingue une catégorie de parents sans obligation de deuil, appelés justement « parents sans deuil. »

Tseu Sseu, petit-fils de Confucius, s'appuyait sur une ancienne maxime : « N'étant pas la femme du père, elle

1. *Yi li*, chapitre *sang fou*, (Deuil), p. 83.

2. *Li ki*, chapitre *sang fou siao ki* (Détail du deuil), p. 118.

n'est plus la mère des enfants » pour justifier la suppression du lien de parenté entre une mère répudiée et ses enfants. Cela était une fausse interprétation de sa part ; car en vérité cette maxime ne s'applique qu'aux autres femmes du père qui sont mères des enfants, non pas qu'elles leur aient donné le jour, mais parce qu'elles sont les femmes de leur père, et qu'elle ne saurait être appliquée lorsqu'il s'agit de la propre mère ¹.

Par suite de cette erreur Tseu Sseu n'obligea pas son fils à porter le deuil de sa mère répudiée. Cette méconnaissance du *li* provoqua des critiques ². Car le bienfait de la naissance ne doit jamais être méconnu par les enfants. C'est un principe qui domina de tout temps en Chine.

C'est ainsi que l'on critiquait même la réduction de la durée du deuil pour la mère répudiée sous la dynastie des T'ang. L'impératrice Wou Tsöt'ien ramena le temps du deuil à trois ans au moment où elle monta sur le trône (690-712 après J.-C.) Mais cela ne fut pas de longue durée, l'ancien régime fut remis en vigueur immédiatement après elle.

L'idée de la persistance du lien entre la mère répudiée et ses enfants est encore plus remarquable dans le Code des Ts'ing. D'après lui, non seulement le lien n'est pas interrompu à l'égard des fils et filles propres, mais encore il continue à l'égard de leur époux, gendre ou bru, et de leurs descendants ³.

1. Code des Ts'ing. 2^e Comm. non officiel du chap. xvii du liv. V et 2^e comm. non officiel du chap. xviii du liv. XXVIII.

2. *Li ki*. 1^{re} partie du chapitre *T'an kong*, p. 15.

3. Code des Ts'ing. 7^e Comm. non officiel du chap. xii du liv. IV ; 2^e Comm. non officiel du chap. xvii du liv. XXVIII ; 18^e Comm. non officiel du chap. xix du liv. XXVIII et 3^e Comm. non officiel du chap. xxi du liv. XXVIII.

3° *Effets de la répudiation dans les rapports d'un époux à l'égard des parents de l'autre.*

Dans la répudiation, la rupture est manifestement proclamée par les deux époux. Désormais, non seulement ils ne s'aiment plus, mais encore ils cherchent à s'éloigner l'un de l'autre, le plus possible. Comme ces sentiments ne tardent pas à être partagés par les membres de la famille de chaque époux, c'est entre l'un des époux et les parents de l'autre, dont le lien est fragile en lui-même, que l'on trouve la rupture la plus complète.

Ainsi, d'après le *Li ki*, la femme même en train de porter le deuil du père ou de la mère de son mari, ne le porte plus si elle est répudiée par celui-ci. Et inversement elle portera de nouveau trois ans de deuil pour ses propres parents, deuil réduit à un an à cause de son mariage ¹.

D'après le *Yi li*, si le deuil pour la mère était réduit à un an à cause de sa répudiation, il n'y aurait plus de deuil pour les grand'père et grand'mère maternels ².

Enfin d'après le Code des Ts'ing, en principe, après la répudiation un ex-époux est tout à fait étranger aux parents de l'autre. Par exemple toute infraction qui a lieu entre une femme répudiée et les parents (de quelque degré qu'ils soient) de son ancien mari est punie de la même façon que s'il s'agissait d'une infraction entre deux personnes quelconques ³.

Mais par exception, une chose que la répudiation ne peut anéantir, c'est le fait que les ex-époux ont été ma-

1. Cf. *Li ki*, chapitre *Détail de deuil*.

2. *Yi li*, chapitre de *Deuil*, p. 84.

3. 8° Comm. officieux du chapitre de la répudiation, liv. X.

riés ensemble quoiqu'ils ne le soient plus désormais. Ce fait est un empêchement du mariage entre la femme répudiée et les parents de la faaïlle de l'ancien mari.

La violation en est punie quelquefois très sévèrement comme pour tous les cas d'inceste ¹

Nous verrons que cet empêchement reste un empêchement dirimant du mariage dans le Code civil actuel, seulement tandis que d'après le Code des Ts'ing le mariage était interdit même quand il s'agissait d'un parent sans deuil, c'est-à-dire très éloigné, d'après le Code actuel l'empêchement n'existe qu'entre les parents du huitième degré ².

Conclusion.

Telle était la répudiation dans son ensemble et tel était surtout l'état du divorce (en sens général) dans la première phase de notre histoire où comme nous l'avons vu toutes ces questions étaient abandonnées aux soins des particuliers qui les réglaient d'eux-mêmes. Et ceci d'après des préceptes rituels qui ne sont autre chose que le droit naturel puisque l'on définit le *li* par l'ensemble des mesures cherchant à empêcher le mal avant sa naissance par opposition au droit, *fa*, l'ensemble des règles pour punir le mal après son accomplissement ³.

Comme rien n'est plus vague que les règles du droit naturel elles deviennent chez les peuples de simples règles coutumières basées sur les opinions plus ou moins dénaturées que la masse se fait des règles rituelles. On voit

1. Code des Ts'ing, chap. iv du liv. X.

2. Art. 983 Code civil.

3. Voir la distinction de *li* et de *fa* par Wang Wei, Yang Hong Lie. *Histoire du développement du droit chinois*, p. 861.

ainsi que cela peut entraîner loin, même quand on observe les règles rituelles, alors qu'en réalité faute de sanction efficace, on ne les observe pas toujours. Aussi est-on arrivé à y attacher une sanction de droit positif.

Quant à l'injustice que renferme la répudiation, le sacrifice complet des droits de la femme, le peu de sérieux des sept causes, nous avons vu que ce sont là les conséquences d'une fausse interprétation des principes rituels. Mais cette fausse interprétation finit par supplanter la vraie, en dominant pendant des siècles, puisque la répudiation ne fut véritablement abolie que par la promulgation du Code Civil actuel.

Nous ne pouvons expliquer ces erreurs que par notre aveugle adoration du passé et aussi, il faut le dire par une trop grande part d'égoïsme masculin lequel avait tout avantage à rester traditionnaliste avant tout.

CHAPITRE II

L'ÉTAT DU DIVORCE DEPUIS LA DYNASTIE DES T'ANG JUSQU'A CELLE DES T'SING INCLUSIVEMENT — COEXISTENCE DE LA RÉPUDIATION ET DU DIVORCE

A mesure que le siècle s'avance, dès que l'on s'écarte de plus en plus du passé, on sent que la conscience humaine s'affaiblit au point de perdre toute confiance en elle.

En effet, si l'on jette un coup d'œil sur l'État social immédiatement avant les T'ang, on voit à la fin de la dynastie des Tsin (265-419 ap. J.-C.) d'abord les invasions des cinq barbares qui parviennent même à s'emparer du Nord de la Chine pour y fonder un État indépendant, puis viennent tour à tour les cinq dynasties : *Wou Tai*. Si l'on constate qu'en deux siècles cinq dynasties ont régné, on voit le peu de stabilité de chacune d'elles. Les troubles politiques entraînent des troubles dans les mœurs ; on va jusqu'à faire du mariage une question d'argent. Les parents en mariant leurs filles leur conseillent de se montrer jalouses des concubines que le mari pourra prendre dans la suite, afin de l'en empêcher autant que possible. La sœur de l'Empereur Fei Ti (423-424 ap. J.-C.) fut une polyandre qui n'eut pas moins de trente maris. Et Ming Ti (465-472 ap. J.-C.) sachant que ses filles étaient

jalouses et corrompues chargea quelqu'un de rédiger une lettre dans laquelle on refusait à l'Empereur même d'épouser l'une des infantes cela dans le but de donner une leçon à toutes ses filles en les rendant honteuses d'elles-mêmes ¹.

C'est au milieu d'une telle corruption que les T'ang sont appelés à monter sur le trône. Évidemment les dispositions rituelles basées sur la conscience individuelle et aussi l'opinion publique perdent toute leur force. C'est pourquoi il fallut en arriver à une loi positive sanctionnant les règles rituelles. La répudiation fut alors reconnue par le Code des T'ang ainsi que par tous les autres Codes dynastiques postérieurs qui en réalité ne furent que des copies plus ou moins fidèles du premier.

Mais fût-ce que les mœurs s'étaient par trop abaissées, fût-ce que les anciennes règles avaient besoin d'être révisées et rajeunies, toujours est-il qu'il fut impossible de rappeler les consciences à elles-mêmes, de les ramener à l'état antérieur.

La répudiation était une arme efficace pour le mari d'éloigner de lui la femme fautive, mais n'y a-t-il que la femme qui soit sujette à commettre des fautes, l'homme ne peut-il pas s'écarter quelquefois du droit chemin ? Il était donc aussi nécessaire de protéger la femme contre la faute du mari. Il est clair que les abus à l'actif des maris pendant tout le temps de trouble qui précéda immédiatement l'avènement des T'ang, suffit pour révéler aux législateurs la nécessité de sévir implacablement contre ces abus. C'est alors que le divorce tant obligatoire que facultatif fut créé pour permettre la dissolution du mariage dans tous les cas de rupture du lien conjugal. Et sous l'expression

1. Cf. Tchang Leang-ts'ai, *Tchong kouo fong sou che*. Histoire des mœurs chinoises, p. 108.

rupture du lien conjugal dont la vertu est de ne pas avoir un sens défini et de permettre d'ajouter tous les cas possibles au fur et à mesure que la pratique les révèle, la loi permet à la femme aussi bien qu'au mari de demander le divorce. Il s'agit ici d'un véritable divorce, d'un divorce commun aux deux époux et non plus de la répudiation qui ne profitait qu'au mari. Ceci aurait dû suffire car la rupture du lien conjugal embrasse tout, même les sept cas de répudiation. Mais par respect du passé on n'osa pas abolir la répudiation. Les maris continuèrent donc à jouir du droit de renvoyer leur femme sans qu'aucune intervention de la justice fût le moins du monde nécessaire, s'ils pouvaient invoquer en leur faveur l'une des sept causes reconnues. Peu à peu l'on arriva enfin à permettre la séparation d'un commun accord. En tout cas depuis les T'ang un texte de loi déclara qu'une telle pratique ne pouvait être punie. On ne remarqua pas que la tolérer était la reconnaître. C'est ainsi que le divorce par consentement mutuel existe en droit chinois depuis la dynastie des T'ang.

Nous voyons donc en tout dans cette deuxième période trois sortes de divorce en plus de la traditionnelle répudiation.

A part sa reconnaissance par la loi, la répudiation ne subit pas de grands changements au cours de cette période. Nous en avons déjà longuement parlé dans le premier chapitre, cependant nous aurons encore à y revenir pour être complet, sans toutefois lui accorder une section spéciale.

Voici par ordre les matières que nous nous proposons d'étudier dans ce chapitre ;

Section I. Le divorce obligatoire.

Section II. Le divorce facultatif.

Section III. Le divorce par consentement mutuel.

SECTION I. — Le divorce obligatoire.

Définition. — Le divorce obligatoire est celui d'après lequel si un acte quelconque est commis par l'un des époux et que la loi le reconnaisse tellement grave qu'il y a rupture du lien conjugal, *yi k'oue*, le mariage des dits époux devrait être dissous malgré eux. La violation de cette règle est punie d'une peine pénale, peine de même gravité que celle qu'encourt quiconque répudie sa femme sans juste cause¹.

Hypothèses nécessaires. — Trois hypothèses sont à déduire du caractère obligatoire de ce divorce.

Première hypothèse. — Le divorce n'est obligatoire que lorsqu'un tribunal le déclare comme tel. Le Commentaire officiel du Code des T'ang en donna une explication très claire : « Les époux, dit-il, sont unis par un lien conjugal. Si ce lien est rompu, ils devront se séparer. S'ils ne se séparent pas, ils mériteront d'être punis. Il importe peu que la cause du divorce réside en l'un ou en l'autre des deux époux, cette peine n'est encourue que par celui qui ne veut pas la dissolution. Si l'un des deux ne la veut pas, celui qui a ce dessein le premier sera puni comme coupable principal, et l'autre comme coupable secondaire. Dans tous les cas les époux ne seront punissables que lorsque le mandarin compétent a jugé qu'il y avait rupture de lien conjugal,

1. Cf. par exemple la loi principale II du chapitre de la *Répudiation* du Ta Ts'ing lu li. Voir la traduction du P. Boulais, *Manuel du Code chinois*, p. 301, n° 635.

s'il n'y avait point de jugement prononcé par le mandarin préalablement, ces dispositions légales ne devraient pas être appliquées¹ »

Pour les lois principales concernant le divorce obligatoire, les Codes des Song, des Yuan, des Ming et des Ts'ing n'ont fait que copier purement et simplement celles du Code des T'ang. Nous ne nous expliquons pas pourquoi, sauf dans le Code des Ming², ce commentaire ne fut pas reproduit. Les législateurs trouvèrent peut-être la chose trop évidente pour croire utile de la signaler.

Deuxième hypothèse. — Étant donné que le divorce est obligatoire, les tribunaux saisis de l'affaire devront le prononcer d'office s'ils trouvent qu'il y a cas de rupture du lien conjugal et que personne ne le sollicite, ni les époux ni les autres personnes intéressées.

Troisième hypothèse. — Les cas de rupture du lien conjugal sont presque tous des cas délictuels ou criminels. Il s'agit donc toujours d'une affaire de droit pénal, le divorce étant une affaire civile. On se demande alors si le tribunal répressif doit prononcer le divorce comme accessoire des condamnations pénales. Les Codes sont muets à cet égard. Mais en pratique cela se passait peut-être plus simplement que nous le supposons. Sous l'Empire le même juge était compétent à la fois pour juger des affaires criminelles et des causes civiles.

La raison d'être du divorce obligatoire. — L'opinion de nos anciens législateurs était que les époux doivent être unis

1. *T'ang lu chou yi* (Code des T'ang enrichi d'un commentaire), liv. XIV, commentaire de la loi 9.

2. *Ming lu ts'i kiai fou li* (Code des Ming enrichi d'un commentaire), t. IV, liv. VI, p. 38

par l'affection. Si ce lien est rompu par suite de certains actes blessant trop profondément le cœur des époux, et capables de les rendre ennemis l'un de l'autre. L'État père de famille doit alors ordonner la dissolution du mariage dont la continuation ne ferait qu'apporter des malheurs à cette famille.

Une autre considération aurait dû aussi entrer en ligne de compte chez nos anciens législateurs. C'est que la rupture du lien conjugal a toujours pour cause un crime ou un délit, il y a donc atteinte à l'ordre public. Les législateurs pensaient peut-être que le coupable ne serait pas suffisamment puni et par conséquent l'ordre public suffisamment assuré, si la loi se contentait de le punir d'une peine tout en laissant persister le mariage qui en réalité n'avait plus lieu d'être.

En tout cas c'est la conséquence logique du principe rituel des trois subordinations, *san kang*, dont nous avons vu les conséquences résultant de la deuxième et de la troisième subordinations, à l'exception de la première qui fait que le prince est le chef suprême de tout dans son royaume. Eh bien ! c'est ici que nous trouvons l'une de ses conséquences. Celle d'ordonner le divorce à ses sujets quand il lui semble nécessaire malgré eux.

Aussi cette deuxième phase d'évolution juridique est-elle une phase où le droit, *fa*, l'emportait sur les Rites, *li*, de plus, nous voyons qu'elle était aussi une phase où les règles rituelles furent pleinement appliquées.

Toutes ces raisons ne nous empêchent pas cependant de trouver dans le divorce obligatoire une mesure excessive.

En effet les meilleurs juges des intérêts privés sont les époux eux-mêmes. Dans le cas où il s'agit d'un crime ou d'un délit commis par l'un des époux envers l'autre, si

l'époux lésé juge que la vie commune est désormais impossible, il n'a qu'à demander le divorce facultatif. Et s'il pardonne ensuite à l'époux coupable, nous ne voyons aucun inconvénient à la reprise de la vie conjugale surtout dans l'intérêt des enfants s'il y en a.

Et puis, dans le cas où il s'agit d'un crime ou d'un délit commis par l'un des époux à l'encontre des parents de l'autre ou par les parents d'un époux à l'encontre des parents de l'autre (nous verrons que ce sont là aussi des causes du divorce obligatoire), comme les deux époux ne sont pas personnellement en cause l'un pour l'autre, les forcer à divorcer pour des questions de tiers, c'est la plupart du temps une injustice profonde.

Pourtant cette idée de mettre en avant les intérêts de la famille, ou les intérêts généraux au nom de l'ordre public aux dépens des intérêts personnels des époux est très en faveur actuellement. C'est elle qui domine encore dans notre Code civil actuel.

Voyons maintenant quels sont les cas qui font le divorce obligatoire. Nous avons fait allusion au fait que l'expression rupture du lien conjugal est très vague et que sa portée varie suivant les époques. Les cas de divorce obligatoire varient donc en même temps. D'une façon générale, dans les Codes des T'ang et des Ming on compte comme causes de divorce obligatoire non seulement les crimes et les délits commis entre un époux et les parents de l'autre, mais encore ceux commis entre les parents du mari d'un côté et les parents de la femme de l'autre.

Les clauses du Code des Yuan gouvernement mongol régnant en Chine indiquent bien les mœurs spéciales de ce temps, mœurs corrompues et barbares, comme le gouvernement lui-même.

Dans le Code des Ming on ne compte plus comme cas de rupture du lien conjugal les crimes et les délits commis par l'un des conjoints envers les parents de l'autre ¹.

Il semble que ce soit plus sage ainsi.

Enfin le caractère particulier des dispositions du Code des Ts'ing est qu'il porte en lui la marque de la misère régnant en Chine à ce moment là. Le trafic de la femme vendue ou louée sont des causes de divorce obligatoire.

Les caractéristiques des différents codes dynastiques étant rappelées, nous allons maintenant passer en revue chaque cas en particulier. Pour les faire mieux distinguer et comprendre nous emploierons une autre méthode que celle de l'ordre chronologique. Nous aurons soin cependant d'en indiquer les sources afin de montrer exactement ceux ayant existé sous telle dynastie et non point dans telle autre.

1° Cas où il s'agit d'un fait produit entre les parents des époux.

Ce cas unique n'existait que dans le Code des T'ang. Il s'agissait par là de meurtre commis entre membres de chaque famille respective : grands-parents paternels et maternels, oncles, tantes, frères ou sœurs du mari d'un côté et ceux de la femme de l'autre ²;

2° Cas où il s'agit de faits produits entre le mari d'une part et les parents de la femme d'autre part :

a) Celui où le mari bat les grands-parents paternels ou les parents de sa femme, ou encore tue les grands-parents

1 Commentaire du chapitre de la *Répudiation*, Code des Ming, t. IV, p. 38.

2. *T'ang lu chou yi*, liv. XIV, Commentaire de la loi 8 intitulée : *Cas où la femme ne doit pas être répudiée*.

maternels, les oncles ou leur femme, les tantes, les frères ou les sœurs de la femme (Code des T'ang) ¹

b) Celui où le mari a des relations criminelles avec la mère de sa femme (Code des T'ang) ²

c) Celui d'une tentative de viol commise par le mari à l'égard de la bru de l'ancien mari de sa femme (Code des Yuan) ³.

d) Celui où un viol est commis par le mari contre la fille de l'ancien mari de sa femme (Code des Yuan) ⁴.

3^o Cas où il s'agit des faits produits entre la femme et les parents de son mari, donc l'inverse des cas de la précédente catégorie.

Ce sont :

a) Le cas où la femme bat ou injurie les grands-parents paternels du mari, ou encore si la femme tue ou blesse les grands-parents maternels, les oncles, les tantes, les frères ou sœurs de son mari. (Code des T'ang) ⁵.

b) Celui où la femme a des relations coupables avec un des parents de son mari même de petit deuil (Code des T'ang) ⁶.

c) Le viol ou la tentative de viol par le beau-père envers la bru. (Code des Yuan) ⁷.

d) Le cas où le beau-père a commis des actes impudiques envers la bru. (Code des Yuan) ⁸.

1. *T'ang lu chou yi*, liv. XIV. Commentaire de la loi 8, intitulée : *Cas où la femme ne doit pas être répudiée*.

2. *Id.*

3. Cf. Tchao Fong-kiai, *Thong kao fou niu tch'ai fa lu chang tche t'i wei*, Situation de la femme en droit chinois, p. 58 à 59.

4. *Id.*

5. *T'ang lu chou yi*, *id.*

6. *Id.*

7. Tchao Fong-kiai, *Situation de la femme en droit chinois*, p. 59.

8. *Id.*

e) Celui où la femme est battue par les grands parents ou les parents du mari, lorsque la blessure lui cause une grave maladie ou la rend infirme. (Codes des Yuan et des Ts'ing)¹.

4° Enfin, le cas où il s'agit de faits produits entre les deux époux.

Les cas de cette catégorie peuvent être subdivisés en trois :

A. Faute commise par la femme.

Un seul cas. Celui où la femme prémédite la mort de son mari. (Code des T'ang et celui des Ming)².

B. Fautes commises par le mari.

Les cas de ce groupe sont de beaucoup les plus nombreux. On n'en compte pas moins de sept.

a) Le cas où le mari abandonne sa femme dans une maison de prostitution. (Code des Yuan)³.

b) Celui où il la vend comme esclave. (Code des T'ang et Code des Ts'ing)⁴.

c) Celui où il la vend pour être femme d'un autre (également dans les Codes des T'ang et des Ts'ing)⁵.

d) Celui où le mari contraint sa femme à commettre l'adultère. (Code des Ming et Code des Ts'ing)⁶.

e) Le cas où le mari marie sa femme adultère à son com-

1. Cf. Tchao Fong-kiai, *Situation de la femme en droit chinois*, p. 58.

2. *T'ang lu chou yi*, id. et *Ming lu ts'i kiai fou li*, t. IV, liv. VI, p. 38, Commentaire.

3. *Yuan tien tchang*, t. XVII, liv. VII, *Tien tchang*, XXXV, p. 9.

4. *T'ang lu chou yi*, liv. XX, loi 8 : *Vente des parents*. Commentaire sous forme de question et de réponse et *Ta Ts'ing lu li*. Cf. le P. Boulais, *Manuel du Code chinois*, p. 529, n° 1283.

5. *T'ang lu chou yi*, id. *Ta Ts'ing lu li*. Cf. le P. Boulais, p. 689, n° 1597.

6. *Ming lu ts'i kiai fou li*, t. X, liv. XXV et *Ta Ts'ing lu li*, liv. XXXIII, p. 12. Cf. le P. Boulais, p. 684, n° 1595.

plice. (Ce cas existe aussi dans les deux derniers Codes dynastiques) ¹.

f) Celui où il met en gage sa femme ou la loue à quelqu'un .(Encore dans les deux codes) ².

g) Celui où le mari faisant passer sa femme pour l'une de ses sœurs, la marie à un autre homme .(Ce cas existe dans les Codes des Yuan ,des Ming et des Ts'ing) ³.

h) Celui où le mari ayant une affaire au tribunal marie sa femme au juge dans l'intention d'obtenir par là gain de cause. (C'est le seul cas commun aux cinq dynasties).

C. Fautes commises par les deux époux.

Ce dernier cas est un peu différent des autres, c'est celui où le mari et la femme commettent une faute chacun de son côté. Ainsi d'après les Codes des Ming et des Ts'ing, lorsqu'une femme commet un adultère et que le mari à la suite de cela la marie à son complice ⁴.

Somme toute, par la nomenclature de tous ces cas, nous pouvons remarquer plusieurs choses :

Tout d'abord parmi les quatre séries de cas, trois visent les faits entre les parents ou entre parents de l'un avec l'autre époux. Pourquoi se fait-il qu'en Chine la loi se tourne presque toujours contre les jeunes époux lorsqu'il y a faute des parents, ou faute envers les parents qui ne sont que tiers cependant dans la question du mariage ?

Cela s'explique par le fait que chez nous les fils et les

1. *Ming lu ts'i kiai fou li*, t. X, liv. XXV, p. 1 et *Ta Ts'ing lu li*, liv. XXXIII. Cf. le P. Boulais, p. 681, n° 1584.

2. *Ming lu ts'i kiai fou li*, t. IV, liv. VI, p. 6 et *Ta Ts'ing lu li*, liv. X. Cf. le P. Boulais, p. 265, n°s 556 et 558.

3. *Yuan tien tchang*, liv. IV, *famille*, *Tien tchang*, XVIII, p. 20 ; *Ming lu tai kiai*, t. IV, liv. VI, p. 6 et *Ta Ts'ing lu li*, liv. X, chap. II. Cf. le P. Boulais, p. 266, n° 559.

4. *Ming lu ts'i kiai fou li*, t. X, liv. XXV, p. 3 et *Ta Ts'ing lu li*, liv. XXXIII, p. 12. Cf. le P. Boulais, p. 684, n° 1595.

brus sont obligés d'habiter avec leurs parents. Nous savons en effet que sous l'Empire le fils ne peut partager le bien de famille ni avoir un établissement séparé sans y être autorisé par ses père et mère ou à leur défaut par les autres parents supérieurs. (Code des Ts'ing, chap. XIII du livre VIII par exemple). La loi est formelle sur ce point et la bru ne peut être traitée autrement que le fils. C'est dans le but de maintenir la paix dans la famille, but mêlé de la considération de ce que les intérêts des parents et ceux des enfants ne font qu'un que la loi force les jeunes mariés au divorce, lorsqu'il y a un crime commis envers ou entre les parents.

Nous verrons dans notre deuxième partie que cette influence de la solidarité familiale sur le divorce a laissé même des traces dans le Code civil actuel.

En second lieu, parmi les cas de fautes commises entre époux, nous avons remarqué que les cas de fautes du mari sont de beaucoup les plus nombreux par rapport aux cas de fautes de la femme. Pourquoi cela ? Parce que le but de la loi est de régler les rapports juridiques des hommes qui ont lieu dans la pratique. Les Codes dynastiques, bien loin d'être des œuvres scientifiques, se contentent de prendre des mesures nécessaires pour sanctionner les faits rencontrés dans chacune de ces périodes. S'ils prévoient plus de cas contre le mari que contre la femme, c'est que celui-là, maître absolu dans l'union conjugale, abuse plus souvent de ses droits que la femme soumise au joug de la puissance maritale.

N'oublions pas surtout que le divorce est institué en grande partie pour protéger la femme contre les abus du mari. C'est pour lutter contre l'injustice de la répudiation, laquelle visait uniquement la faute de la femme, que le

divorce fut créé. D'autre part les cas de fautes de la femme étant prévus par la répudiation il est tout naturel que le divorce vise davantage les fautes du mari.

En dernier lieu, il faut observer que bien que sous cette deuxième phase de l'évolution du divorce, on ait eu l'intention de donner un peu plus de droit à la femme, celle-ci est encore loin d'être traitée sur le même pied d'égalité que l'homme. Rien que dans les dispositions du Code des T'ang, si nous les comparons, nous relevons encore plusieurs inégalités.

Tandis que des relations coupables de la part de la femme sont une cause de divorce obligatoire même lorsque le complice n'est qu'un parent sans deuil de son mari, celles du mari ne le sont que lorsque le complice est la propre mère de sa femme.

Le fait aussi que la femme injurie les parents du mari est un cas de divorce obligatoire, tandis que pour le mari, il faut qu'il ait battu ou tué les parents de sa femme pour rentrer dans le cas de divorce.

Puis le fait que la femme complote contre la vie du mari est une cause de divorce obligatoire tandis qu'au contraire la tentative du mari contre la vie de sa femme n'en est pas une, etc...

Enfin il faut reconnaître que si depuis la dynastie des T'ang, les causes du divorce concernent aussi les fautes du mari, c'est moins dans le but d'assurer l'égalité des sexes devant le divorce que pour mettre fin à des abus du droit marital. De ce fait il en résulte quelques droits en faveur de la femme. Ce ne fut donc qu'une conséquence inévitable du moyen, il ne faut pas y chercher autre chose.

SECTION II. — Le divorce judiciaire facultatif.

Nous appelons ce divorce « divorce judiciaire » parce que tout comme le divorce obligatoire et à la différence de la répudiation ou du divorce par consentement mutuel, il nécessite l'intervention du tribunal.

Nous l'appelons divorce facultatif, par opposition au divorce obligatoire qui peut être prononcé malgré les époux. Tandis qu'ici le tribunal ne peut agir que lorsqu'une des parties le requiert. Mais bien entendu il n'est facultatif que pour celui qui est en droit de le demander. Au contraire, il reste imposé à l'époux contre lequel le divorce est demandé.

Nécessité d'une cause légitime.

Il va sans dire que de même que pour le divorce obligatoire le divorce facultatif est subordonné à des causes déterminées par la loi.

Différents degrés dans la condition d'une femme en faute.

Il y a des degrés dans le traitement établi par les anciennes lois à l'égard de la femme en faute. D'après les Codes dynastiques, nous distinguons quatre degrés. Deux sortes de ventes et deux sortes de divorces. Les deux sortes de ventes sont transformées à la fin des Ts'ing en cas de divorce facultatif. C'est pour cela que nous croyons nécessaire de faire ici une introduction.

A. Des ventes.

La loi distinguait les ventes en vente obligatoire et vente facultative.

Elle est obligatoire lorsque la femme a commis des fautes très lourdes entraînant des conséquences graves.

L'unique cas de ce genre se trouve dans le Code des Ming et le code des Ts'ing. C'est celui où lorsque le mari prend sa femme en flagrant délit, il ne tue sur le champ que le séducteur. La loi déclare que dans ce cas la femme sera vendue par le mandarin et l'argent obtenu ainsi sera confisqué en profit de l'État. (Code des Ts'ing, liv. XXV, chap. IV, loi principale 'première').

La vente est facultative, lorsque la faute de la femme est lorude et le mari par contre innocent. On laisse au mari le choix de vendre sa femme ou de la garder. Il en est ainsi :

1. Dans le cas de récidive d'adultère de la femme (Code des Yuan. Cf. Yang Hong-lie, *Histoire du développement du droit chinois*. p. 699).

2° Lorsque la femme tue avec intention le fils de la concubine de son mari ².

3° Dans le cas où la femme essaye d'attenter à la vie de son mari au moyen de pratiques perverses ³.

Ces trois cas n'existent que dans le Code des Yuan.

4° Lorsque la femme commet un adultère. Depuis le Code des Ming ⁴ et aussi dans le Code des Ts'ing ⁵, l'adultère de la femme est non seulement une cause de répudiation, mais encore un cas de vente facultative pour le mari.

5° Lorsque la femme a pris la fuite à l'insu de son mari ⁶.

1. Cf. le P. Boulais, p. 546, n° 1232.

2. Code des Yuan, cf. Yang Hong-lie, *Histoire du développement du droit chinois*, p. 720.

3. *Id.*, p. 725

4. Liv. XXV, chapitre *Adultère*, t. X, p. 1.

5. Chap. I, liv. XXXIII.

6. Code des Ming, liv. VI et Code des Ts'ing, liv. X.

6° Lorsque la femme, de complicité avec son acheteur a forcé son mari à la vendre ¹.

7° Enfin dans le cas où le beau-père contraint la bru à l'adultère sans que son fils y prenne part ².

Évidemment rien n'est plus inhumain que le fait de vendre les personnes comme des marchandises. C'est pourquoi les quatre derniers cas de vente facultative et l'unique cas de vente obligatoire, seuls cas de vente de la femme subsistant encore sous la dynastie des Ts'ing furent tous écartés sous le règne de Hiuan-T'ong : la vente obligatoire fut abrogée purement et simplement et les quatre cas de vente facultative remplacés par le divorce facultatif ³.

B. Deux sortes de divorces : Divorce obligatoire et divorce facultatif.

Lorsque la femme ne commet que des fautes relativement légères, alors seulement les divorces sont permis la loi estimant que les ventes sont trop dures dans un pareil cas.

Quant à la distinction entre le divorce obligatoire et le divorce facultatif, elle n'a raison d'être que dans l'atteinte ou non à l'ordre public. Si la faute de la femme donne en même temps atteinte à l'ordre public, c'est le divorce obligatoire. Si elle n'est qu'une atteinte au droit individuel, c'est le divorce facultatif.

Pour le divorce obligatoire, nous avons vu déjà tous

1. Code des Ts'ing, liv. XXXIII, chap. II.

2. Code des Ts'ing liv. XXXIII, chap. II.

3. Comparer liv. X, chapitre *Répudiation de la femme* ; liv. XXV, chap. *Meurtre d'un adultère* ; et liv. XXXIII, chapitre *Impudicité* du Ta Ts'ing liu li avec les chapitres correspondants des livres VI, XXIII, XXX, du *Ta Ts'ing hien hing hing lu*.

les cas qui le concernent, il nous suffit donc de renvoyer aux cas où la femme est en faute.

Quant au divorce facultatif, c'est en quelque sorte la peine la plus légère que puisse subir une femme en faute. Bien entendu, il ne s'agit ici que des peines qui envisagent la dissolution du mariage. Donc, si la femme se trouve dans l'un de ces cas, son mari peut seulement faire dissoudre le mariage. Il ne doit pas la vendre, mais au contraire peut la garder s'il lui pardonne la faute.

Nous avons l'intention de désigner dans le divorce facultatif les sept cas de répudiation et aussi les cas qui donnent le droit au mari de demander le divorce. Qui peut le plus peut le moins, rien n'empêche donc le mari au lieu de répudier lui-même la femme fautive de demander contre elle un divorce au tribunal.

Mais en réalité, il semble que c'est l'inverse qui s'est produit. Depuis la dynastie des T'ang jusqu'à la dynastie des Ts'ing, nous trouvons dans tous les Codes dynastiques la disposition suivante : « Quiconque répudiera sa femme principale en dehors de l'une des sept causes de répudiation (la loi ajoute), ou d'une action entraînant rupture du lien conjugal, sera puni, etc...¹ ».

Il en résulte qu'en même temps que la répudiation traditionnelle est reconnue par la loi, le nombre des causes de la répudiation qui était originairement de sept est augmenté des cas de rupture du lien conjugal. Ce qui veut dire que depuis la dynastie des T'ang, le mari pouvait non seulement répudier sa femme pour les sept causes traditionnelles, mais encore la répudier pour les nouveaux cas où la femme commet une action entraînant rupture

1. Voir par exemple Code des Ts'ing, liv. X, chap. xvi, loi 1^{re}.

du lien conjugal. C'est là quelque chose de nouveau dans cette deuxième période de l'évolution du divorce.

Or, par l'expression : « actions entraînant rupture du lien conjugal », *yi k'ine*, la loi désigne non seulement, comme nous l'avons vu dans la section précédente, toutes les causes du divorce obligatoire, mais encore toutes les causes du divorce facultatif ¹.

Done, même lorsqu'il s'agit d'un cas de divorce facultatif, d'après lequel le mari doit demander en principe le divorce au tribunal, le mari peut d'après le texte sus-cité, répudier lui-même sa femme, sans passer par la justice.

Comme ce dernier moyen est naturellement préférable, il est rare que les maris n'emploient pas à la place du divorce, la répudiation. A plus forte raison même se gardent-ils bien de faire une demande en divorce s'ils ont le droit de répudier leur femme.

Laissons donc de côté cette question de répudiation d'ailleurs déjà longuement étudiée pour nous arrêter aux cas où la femme mérite en principe seulement, d'être renvoyée par la voie du divorce.

Avant le règne de Siuan T'ong, il n'existait qu'un seul cas de ce genre : celui où la femme bat son mari ².

Depuis Siuan T'ong il faut y ajouter les quatre cas de vente facultative. Nous avons vu que cette modification eut lieu sous Siuan T'ong. Il y avait donc en tout cinq causes proprement dites de divorce facultatif du côté de la femme.

Mais le divorce, à la différence de la répudiation, étant une institution commune aux deux époux, il nous reste

1. Code des Ts'ing, commentaire supérieur du chapitre de la *Répudiation*. Cf. P. Boulais, *Manuel du code Chinois*, p. 303.

2. Codes des Ming et des Ts'ing, chapitre *Femmes battant leur mari*.

encore à parler des causes qui sont les fautes personnelles du mari.

Dans les Codes dynastiques, nous en trouvons deux :

1° Le cas où le mari bat la femme en la rendant gravement infirme.

2° Celui où le mari reste absent pendant plus de trois ans sans donner de ses nouvelles.

A la différence du fait où la femme bat son mari, qui n'était comme nous venons de le voir une cause de divorce que depuis la dynastie des Yuan. (Tchao-Fong-kiai *Situation juridique de la femme en Chine*, p. 56 à 57.)

D'après le Code des Yuan, le fait que le mari bat sa femme était une cause de divorce sans aucune condition. Après les Ming il en fut de même pour le fait où la femme bat le mari. Mais la réciprocité ne comptait pour le mari que dans le cas où il rendait sa femme infirme. C'est évidemment là un cas d'inégalité de traitement ajouté à tant d'autres.

L'absence du mari pendant plus de trois ans ne fut une cause de divorce qu'à partir de la dynastie des Ming par un décret de l'Empereur Hong Wou en 1369¹.

La même disposition se trouve aussi dans le Code des Ts'ing dont l'article supplémentaire II, du chapitre de la *répudiation de la femme* est ainsi conçu : « Quand le mari aura pris la fuite et disparu depuis trois ans, sans retourner au logis conjugal, la femme pourra en référer au mandarin qui lui donnera une pièce approbative lui permettant de passer à d'autres noces² ».

L'expression « La femme pourra en référer au mandarin » signifie que c'est là un cas de divorce judiciaire

1. Collection des lois et décrets des Ming, liv. XX, chapitre *Mariage*.

2. Cf. le P. Boulais, *Manuel du code chinois*, p. 302, n. 642.

facultatif, et de plus c'est le seul cas pouvant donner lieu vraiment au divorce judiciaire facultatif ; nous avons vu que pour les cinq causes où la femme peut être en faute, le mari a le droit de remplacer le divorce par la répudiation. Quant à la première des deux causes, où c'est le mari qui est en faute, c'est-à-dire le cas où le mari a rendu infirme sa femme à la suite de voies de fait, d'après la loi, le divorce n'est accordé à la femme pour cette cause que si le mari y consent ¹. Si le divorce est accordé à la femme à la suite du consentement du mari, ce n'est qu'un divorce par consentement mutuel, et non un véritable divorce judiciaire pour causes déterminées. En fin de compte, il ne reste donc qu'un seul cas de divorce judiciaire facultatif, celui de l'absence du mari pendant plus de trois ans. Car là, vraiment, la femme ne peut faire autrement que de demander le divorce au tribunal, et si le divorce est accordé, il a pour cause l'absence du mari.

De tout ce qui vient d'être expliqué, nous constatons toujours que ce n'est pas encore dans le divorce pour causes déterminées que nous trouvons l'égalité de traitement entre la femme et le mari. Les droits de la femme restent encore quelque peu méconnus.

SECTION III. — Le divorce par consentement mutuel.

C'est dans l'institution du divorce par consentement mutuel qui est essentiellement l'œuvre commune des deux époux que les droits de la femme sont réellement respectés. Chose curieuse à observer ici, ce divorce existait en Chine dès la dynastie des T'ang, époque cependant où le mépris de la femme régnait en souverain.

1. Code des Ts'ing, liv. XXVIII, chapitre : *Femmes battant leur mari*.

On le trouve dans le Code des T'ang et aussi dans tous les Codes subséquents ¹.

Le texte de ces lois dans ces codes est conçu à peu près en termes analogues comme suit : « Si le mari et la femme, ne se convenant pas, se séparent d'un commun accord, ils ne seront pas punis. (Puisqu'en effet ils sont déjà séparés de cœur, il ne convient pas de les forcer à l'union contre leur gré ajoute le Commentaire officiel du *Ta Ts'ing lu li*.)

Si l'on interprète au pied de la lettre, il est incontestable que le divorce par consentement mutuel était déjà reconnu par les Codes dynastiques. Seulement, il faut bien reconnaître qu'à ce moment-là cette sorte de séparation à la suite d'un commun accord n'était point le divorce par consentement mutuel tel que nous le concevons aujourd'hui. Tandis que le divorce par consentement mutuel d'aujourd'hui est le régime le plus libéral des divorces, la séparation d'accord de ce temps était quelque chose de vraiment timide.

C'est ainsi que d'après le 6^e commentaire non officiel du chapitre de la *Répudiation* du Code des Ts'ing, le cas où les deux époux ne se conviennent pas est un cas d'incompatibilité d'humeur, un cas de manque d'affection et non une rupture du lien conjugal. En disant qu'ils ne seront pas punis, la loi permet seulement aux époux de se séparer. La femme doit alors se retirer dans sa famille propre. Comme dans le cas de répudiation, elle ne doit pas convoler en d'autres noces. Par contre, si son but est seulement cela et qu'elle agisse en conséquence,

1. Chapitre : *Séparation à la suite de rupture de lien conjugal* des Codes des T'ang et des Song ; chapitre : *Famille et mariage* du Code des Yuan et chapitre : *Répudiation de la femme* des Codes des Ming et des Ts'ing.

la loi ne lui permettra pas de se séparer de son mari.

Il faut remarquer ici que l'interprétation de ce Commentaire interdisant le remariage après la séparation d'accord est une erreur. Car même si cette séparation n'est qu'une sorte de répudiation, pourquoi ne pas admettre un second mariage ? Nous avons vu que la répudiation dissout le mariage et donne le droit aux ex-époux de se remarier chacun de leur côté. Nous n'y reviendrons donc pas.

A part cela, le Commentaire nous montre bien que le divorce par consentement mutuel n'était pas une réalité bien définie à ce moment-là. Enfin si ce Commentaire officieux manque d'autorité, il représente au moins les opinions de l'époque.

De plus, observons que le divorce par consentement mutuel, quoique reconnu déjà par les codes dynastiques, n'était admis qu'au prix de grandes difficultés ; la rédaction même du texte de la loi nous en fournit la preuve ; au lieu de dire le divorce d'accord est permis, le législateur stipule qu'une telle séparation ne sera pas punie.

Cette forme négative n'est pas sans conséquence. On en trouve notamment une importante, celle d'être ignorée du public. C'est ainsi que même aujourd'hui, si l'on dit à la plupart de nos compatriotes que le divorce par consentement mutuel existait depuis de nombreux siècles en Chine, ils se refuseront à le croire.

Dans la pratique, si ce divorce existait, ce n'était pas par respect pour la loi qu'on s'y conformait, mais simplement parce que l'on croyait qu'ayant le consentement des deux époux, personne ne songerait à se plaindre d'une telle mesure.

L'ignorance de son existence explique la rareté du

divorce par consentement mutuel dans la pratique. Mais il y a encore d'autres raisons :

1^o Dans la haute société, les femmes nobles ne devaient pas se marier deux fois dans le cours de leur vie ; elles ne consentaient pas au divorce tant qu'elles n'y étaient pas forcées absolument par des causes déterminées.

2^o Une chose était commune à tout le monde. N'oublions pas que l'on était encore au temps de l'Empire. Le public voyait d'un mauvais œil une femme remariée. Quant à la femme divorcée, elle se heurtait à toutes sortes de difficultés quand elle voulait contracter un second mariage. N'étant pas sûre de réussir dans une deuxième union, les femmes se gardaient-elles de consentir à la rupture du premier.

On voit par là que les mœurs et la morale sociale ont une portée beaucoup plus heureuse que celle que peut avoir la loi. C'est ainsi que la loi établit une institution dangereuse tel le divorce par consentement mutuel. Mais la morale sociale en neutralise pour ainsi dire le danger en faisant que l'on dédaigne de recourir à la dite institution. Donc ce qui est dangereux, c'est moins l'institution par elle-même que la façon de s'en servir ; même une bonne institution peut donner des effets déplorables.

Ce fait explique comment le divorce d'accord ne présentait pas un réel danger dans l'ancien temps. Peut-on en dire autant aujourd'hui ? Nous n'avons plus les mêmes mœurs qui nous autorisent à penser que si le divorce d'accord pouvait exister sans mal autrefois, il en soit encore ainsi maintenant.

Il nous reste à parler des conditions, de la forme et des effets du divorce par consentement mutuel.

Pour les conditions, il semble qu'en dehors du consen-

tement des deux époux, celui des parents de part et d'autre est aussi nécessaire. Sans parler du père de famille qui dominait toujours en ce temps-là, les époux ne manquaient pas d'obtenir préalablement l'assentiment de tous les parents afin de ne point rencontrer de difficultés par la suite. Ce point nous est confirmé dans un recueil de coutumes publié récemment ¹.

Pour la preuve, bien qu'en Chine on ait généralement confiance à la parole donnée, que du reste la plupart des gens ne sachent pas écrire, cependant en pareille matière, pour prévenir les difficultés presque certaines, on exige généralement un écrit. Notons qu'ici l'acte doit être écrit en double à la différence de l'acte de répudiation qui est purement unilatéral. Si l'on sait écrire, on rédige soi-même son acte sans peine, sinon on a recours à des professionnels chargés de faire les actes d'autrui. Quand l'acte renferme un caractère méprisable comme l'est tout acte de divorce, après l'avoir écrit, le faiseur jette généralement le pinceau dont il s'est servi. Cela signifie que l'acte est tellement dégradant qu'il rend le pinceau même hors d'usage. Cela est évidemment aux frais du client qui doit payer l'achat nécessité d'un nouveau pinceau.

Ce détail montre bien la répugnance que le peuple éprouve pour le divorce quel qu'il soit.

Quant à la question des effets, à la suite du divorce, ils sont les mêmes que pour toutes les dissolutions irrégulières du mariage. Nous avons déjà eu à les exposer dans le chapitre traitant de la répudiation, c'est pourquoi nous les avons passés sous silence aussi bien pour le divorce obligatoire que pour le divorce facultatif.

1. *Min chang che si kouan t'iao tch'a pao kao lou* (Recueil des coutumes en matière civile et commerciale), t. II, p. 1682.

Il en est de même pour le divorce d'accord.

Remarquons seulement qu'ici tout doit s'arranger d'un commun accord comme le divorce lui-même. Pourtant dans ce cas les enfants mâles ne doivent jamais être laissés à la mère, étant donné l'importance attribuée au culte ancestral à ce moment-là. Tout au plus si la mère pouvait se voir octroyer la garde des filles par commun accord.

Cependant, sous cette deuxième période, le droit de la femme grandit par rapport à ce qu'il était dans la première, c'est-à-dire tout à fait nul. Nous avons vu que la plupart des cas de divorce obligatoire étaient au profit de la femme et qu'il y a même deux cas où la femme peut demander judiciairement le divorce. Enfin, elle a un pouvoir égal à celui de son mari dans le divorce d'accord. Nous verrons que dans la troisième période, une tendance au relèvement de la condition de la femme en matière de divorce, encore plus remarquable pour aboutir enfin à la complète égalité dans le Code civil.

CHAPITRE III

L'ÉTAT DU DIVORCE DEPUIS LA RÉPUBLIQUE DE 1911 JUSQU'A LA PROMULGATION DU CODE CIVIL

Jusqu'à la veille de la Révolution, ce fut le Gouvernement par un seul homme qui seul existait, semblable était l'organisation sociale. Le mari était le maître du ménage, et lorsqu'une famille se composait de plusieurs ménages, le père seul était le maître.

Enfin, tout à fait au sommet de l'Empire, l'Empereur était le chef suprême et considéré comme le père du peuple. Il ne rentre pas dans notre compétence de discuter la valeur d'un tel régime, mais il faut reconnaître que, grâce à cette hiérarchie superposée et aussi à une subordination coordonnée, le régime de la Monarchie régna pendant des milliers d'années en Chine, souvent avec la même dynastie au cours de trois siècles. Il est juste de dire aussi que les droits des inférieurs étaient alors entièrement sacrifiés. Cependant, même sous l'Empire, un progrès continu se fit sentir, quoique lent.

Nous avons constaté aussi que les droits de la femme gagnaient peu à peu du terrain, tout en restant assez faibles.

Évidemment, une fois la Révolution accomplie et la

République proclamée, on mit en avant l'égalité des droits à côté de la liberté et de la fraternité. Le régime du divorce comme l'ensemble de toutes les autres questions juridiques évolua à grands pas vers une réforme sensible.

La répudiation regardée comme une tare de l'ancien régime, tomba vite en désuétude de part et d'autre. La jurisprudence s'en servit dorénavant pour son interprétation, mais dans un sens tout autre que sa signification primitive.

Le divorce obligatoire, abus de pouvoir public, fut à son tour abandonné par les tribunaux.

Le divorce judiciaire facultatif devint en faveur et enfin le divorce par consentement mutuel très peu connu à l'origine est beaucoup plus remarqué par la jurisprudence, qui y trouve une marque d'originalité.

Pour de telles modifications, les tribunaux durent évidemment s'appuyer sur de nombreux textes.

C'est ainsi que le nouveau Code pénal provisoire, bien qu'achevé déjà sous la dynastie des Ts'ing, ne fut pas promulgué pour cause d'idées trop avancées, cependant il est mis en vigueur le 11 mars en l'an I, (1912) Quant au Code civil, officiellement on se sert de la partie civile du Code des Ts'ing encore en vigueur, mais en fait on utilise le premier projet du Code civil, préparé dans les dernières années de la dynastie des Ts'ing (1909), sous le nom de Principes généraux du droit civil ¹. Car le code en vigueur était surtout un Code pénal, et en conséquence renfermait peu de dispositions civiles. Pour les compléter ou le plus souvent pour accommoder la rigidité de ce code avec les tendances modernes, la jurisprudence se sert des principes

1. J. Escarra. *Rapport au Gouvernement National sur la codification du droit de la famille et du droit des successions*, p. 35.

généraux du droit ou de l'équité, — ce qui semble au premier abord quelque chose de très vague, car l'on craint que les juges n'agissent arbitrairement, mais en réalité ces principes ne sont autre chose que le premier projet du Code civil. Cependant n'étant qu'un projet, les textes ne sauraient lier les juges, et ceux-ci restent libres de les appliquer quand bon leur semble. C'est cette liberté qui permet à la jurisprudence d'accomplir une des tâches les plus difficiles qui lui incombent : tirer du *Ta-Ts'ing-lu-li* ce qui reste bon et apporter des transformations aux dispositions inapplicables avec un état social sans cesse en évolution. C'est ainsi que la jurisprudence forme peu à peu des règles juridiques conformes à la réalité et convenables aux théories juridiques les plus avancées. Ces travaux d'adaptation s'efforcent de concilier ce qu'il y a de plus ancien tel que le *Ta-Ts'ing-lu-li* à ce qu'il y a de plus nouveau, tel le Code civil actuel. En effet, le Code civil dans la plupart des cas ne fait que consacrer les solutions déjà acquises en Jurisprudence. C'est ce qui fait dire qu'on peut préparer un code excellent, rien qu'en traduisant en articles les solutions acquises en jurisprudence ¹.

Bien mieux, lorsque les événements ramenèrent la capitale à Nankin, un bon nombre d'idées avancées se firent jour, on assiste alors à une vraie révolution dans la Révolution. Ainsi des idées jugées jusque-là trop avancées ne le sont plus alors. On devient de plus en plus audacieux, en conséquence le pays est mûr pour la réformation. Car, depuis l'avènement de la République, la Chine, dit-on, n'a pas beaucoup avancé ou très peu en matière de civi-

1. J. Escarra. *Rapport au Gouvernement National sur la codification du droit de la famille et du droit des successions* p. 56.

lisation matérielle, mais le contraire se manifeste au point de vue des idées.

N'hésitons pas à dire que, si une petite partie du pays s'éloigne des préceptes de la morale millénaire, la plus grande partie reste conservatrice. Nos législateurs envisagent cette question avec beaucoup de sagesse, et leur œuvre — le Code civil — nous semble très prudent. Nous verrons même que sur bien des points, ils reculent devant le résultat déjà atteint en jurisprudence, cela non seulement eu égard à des idées trop avancées, dans les décisions de la Cour suprême de Nankin, mais encore à des solutions bien acquises en Jurisprudence du *Ta Li-yuan* de Pékin.

Mais n'oublions pas que nous traitons ici une seule matière celle du divorce et que c'est d'elle que nous voulons parler en disant cela, il n'en est pas toujours ainsi pour les autres.

Ces idées soulignées, nous diviserons ce chapitre en quatre sections.

Les trois premières seront consacrées à l'étude des tendances de la Jurisprudence en matière de divorce.

Section I. Tendance à supprimer le divorce obligatoire.

Section II. Tendance à transformer la répudiation en divorce pour causes déterminées.

Section III. Tendance à donner un traitement à la femme sur un pied d'égalité avec le mari.

Et enfin une *IV^e Section* sera consacrée à l'étude de quelques nouvelles idées de la seconde Révolution à partir du transfert de la Capitale à Nankin.

SECTION I.^e — Tendance de la Jurisprudence
à supprimer le divorce obligatoire.

Le fait de prononcer le divorce malgré les époux qui veulent rester unis se heurte aux conceptions modernes, car la tendance d'aujourd'hui est plutôt à empêcher le divorce qu'à le favoriser. Ainsi le règlement de procédure permet aux époux de revenir sur leurs actes en tout état de cause quand même ils auraient introduit une action en divorce. On s'efforce même de réconcilier les époux en instance de divorce, quand l'un d'eux a une cause à son profit. Cela ne se conçoit que dans le but de désunir le moins possible les familles. A plus forte raison, on ne cherche plus à prononcer d'office un divorce, lorsque les époux ne l'invoquent pas quelle que soit la faute commise de la part de l'un d'eux. Ce n'est plus le temps où l'on cherchait à apaiser le trouble dans la famille au moyen de désunions inconsidérées, les inférieurs étaient alors trop oubliés aux yeux des parents dans leurs droits. On sacrifiait le bonheur des enfants pour conserver, soi-disant, celui de la famille.

Pourtant le texte du *Ta Ts'ing lu-li* est formel sur ce point. Que ferons-nous ? Le *Ta li yuan* embarrassé répondit : « Les dispositions du vieux Code concernant le divorce obligatoire, ne sont établies que pour sauvegarder les règles rituelles. Bien que la partie du *Ta Ts'ing lu-li* touchant le droit civil reste encore en vigueur, cependant en présence d'un pareil cas, il faut tenir compte du progrès d'aujourd'hui. On doit mitiger la rigueur de cette loi d'après les circonstances sociales actuelles afin d'être juste ». Il est intéressant de constater ici que la manière

d'appliquer la justice change suivant l'époque. Nos anciens créèrent au nom de la justice le divorce obligatoire, et c'est justement avec le même argument que nous le critiquons aujourd'hui. Le *Ta-li-yuan* continue par cette recommandation : « Il ne faut pas s'arrêter au sens littéral de ses termes jusqu'à rendre cette loi plus dure qu'elle ne l'était auparavant ¹ ».

Telle est l'idée directrice donnée par la Cour suprême dans le seul cas de décision concernant le divorce obligatoire. Il s'agissait pour elle de répondre à une demande d'interprétation que lui avait adressée la Cour supérieure du Tch'e-Kiang.

En plus de cette idée directrice, la Cour suprême fit ressortir la condition préalable et nécessaire savoir : le divorce est obligatoire seulement après que le tribunal l'a déclaré, autrement dit, bien qu'il y ait rupture du lien conjugal devant entraîner le divorce obligatoire, le lien conjugal n'existe pas moins avant le jugement. Cela parce que la Cour supérieure de Tch'e-Kiang voulait interpréter cette disposition d'ordre public, d'une autre façon, elle entendait qu'une fois le lien conjugal rompu, le divorce aurait lieu de plein droit sans l'intervention du tribunal. La Cour suprême n'admet pas cette solution, elle insiste au contraire beaucoup sur la condition précitée.

Ceci dit, envisageons chaque cas particulier sur lesquels la Jurisprudence cherche à supprimer le divorce obligatoire.

Tout d'abord, rappelons-nous que d'après le Code des T'ang, le meurtre entre les parents supérieurs des époux est un cas de divorce obligatoire. Le *Ta li yuan* a déclaré

1. Décision d'interprétation du *Ta li yuan*, n° 576, an VI (1917), *Kouo wei*, I, p. 317.

que l'expression « cas de rupture du lien conjugal » doit être interprétée d'après le commentaire des T'ang (décision d'interp., série T'ong, n° 576, an VI) ¹. Or le cas dont il est question ici en fait partie. Une autre décision du *Ta li yuan* de l'an III (1914), (n° 223, série Chang ²) déclara que les mésintelligences entre les parents des époux ne doivent pas être une cause de divorce.

Pour le cas où le mari tolère le commerce charnel de sa femme avec un autre homme ou la laisse se livrer à la prostitution, cela était encore une cause de divorce obligatoire. Au contraire, le *Ta li yuan* interdit à quiconque des deux époux une demande en divorce étant donné que tous les deux sont en faute, puisqu'ils se trouvent d'accord sur le méfait avant l'acte (arrêt série Chang, n° 86, an IX, 1920) ³. Ici apparaît un point de vue de considération complètement différent. Car, c'était précisément parce qu'il y avait faute commune dans ces actes que la loi ancienne rompait le lien conjugal.

Le *Ta li yuan* a encore un autre texte à son appui. D'après l'article 294, al. II du nouveau Code pénal provisoire, l'adultère de la femme n'est punissable que sur la demande du mari, si la requête de ce dernier est sans effets, ou qu'il ait toléré le délit, ou qu'il ait reçu de l'argent après l'acte, ce qui ne permet non plus à l'introduction de la demande. Comme le mari est débouté de son action, il est clair qu'il n'y a pas lieu de prononcer le divorce obligatoire.

Il en est de même pour le cas de la location des femmes sans intention de la vendre définitivement, la location est

1. *Kouo wei*, I, p. 317.

2. *Kouo wei* A., p. 230.

3. *Kouo wei* A., p. 237.

assimilée à l'adultère commise avec la complicité du mari ¹.

Enfin, le cas le plus fréquent est celui de la vente de la femme par le mari. Aucun doute n'est possible dans la conséquence de cet acte d'après le code des Ts'ing c'est un divorce obligatoire. Mais le *Ta-li-yuan* donna des décisions des plus diverses à cet égard.

En bonne logique, nous avons vu que le divorce obligatoire était une disposition d'ordre public, une fois que le tribunal en est saisi, il doit le prononcer d'office. Mais le tribunal de Kan-sou, par exemple, eut à juger d'un cas où le mari ayant vendu sa femme par pauvreté, voulut la racheter quelques mois après, et la femme demanda alors le divorce. Le tribunal doit le prononcer d'office dans ce cas, même si les parties ne le demandent pas, à plus forte raison si l'un des époux le requiert, mais la Cour en question n'osa aller jusque là. Elle recourut à l'explication du *Ta-li-yuan*. Ce dernier lui répondit seulement que la vente était une cause de divorce sans faire aucune allusion à son caractère obligatoire ².

En principe le *Ta li-yuan* ainsi que les tribunaux, doivent tenir compte des dispositions du Code des Ts'ing. Quant à savoir à partir de quelle date la vente de la femme n'était plus considérée comme un cas de divorce obligatoire, il nous semble qu'avant l'an VI (1917), la Jurisprudence prononce encore, quoique de moins en moins, le divorce obligatoire.

Dans une décision de l'an V (1916), un mari après avoir

1. Décisions d'interp. Série T'ong, n° 837, an VII, n° 1215 et 1367, an IX, *Kouo wei*, I, p. 461, 698 et 803.

2. Décisions d'interp. Série T'ong, n° 342, an IV, n° 1050, an VIII ; *Kouo wei*, I, p. 210 et 595.

vendu amiablement sa femme à un autre homme, l'accuse en pénal d'avoir détourné sa femme. Le tribunal de Chan-si demande à la Cour suprême auquel des deux maris la femme en question doit être attribuée. La Haute Cour répondit que la femme devait être rendue à sa famille paternelle, ni l'un ni l'autre des deux maris ne pouvant la reprendre comme épouse. Ce qui veut dire que le divorce obligatoire s'impose dans ce cas ¹.

Une autre décision de la même année nous présente un cas différent, il s'agit là d'une vente forcée. La femme ne plaît plus à son mari qui possède une concubine, elle est donc vendue par celui-ci. A la suite d'une difficulté sur le recouvrement de la somme, l'ancien mari reprend de force la femme vendue. C'est sur ce point que l'affaire est introduite devant la Cour de justice. La femme déclare que son ancien mari l'a maltraitée, elle ne veut pas reprendre la vie conjugale avec celui-ci, elle préfère épouser le second ou rentrer chez ses parents. Là-dessus, la Cour dit que la disposition du *Ta Ts'ing lu li* concernant le cas où le mari contraint sa femme à commettre l'adultère impose à la femme de rentrer chez ses parents, c'est le cas qui s'applique ici ².

Nous avons vu qu'en l'an VI, une décision ne nie pas que le divorce obligatoire persiste encore (décision d'interp. série T'ong, n° 576, an VI ³). Donc il existe bien jusqu'en l'an VI.

A partir de l'an VIII (1919), un revirement jurisprudentiel semble se faire jour, la vente de la femme ne devient

1. Décisions d'interp. Série T'ong, n° 465, an V, *Kouo wei*, I, p. 262.

2. Décision d'interprétation, n° 555, série T'ong, an V (1916), *Kouo wei*, I, p. 307.

3. *Kouo wei*, I, p. 317.

plus une cause de divorce obligatoire (décisions d'interp. série *T'ong*, n° 1046, an VIII ¹).

En principe le divorce obligatoire est une dissolution du mariage judiciaire, si bien que l'union n'est pas dissoute quelque soit le temps écoulé quand un mari vend sa femme et qu'il n'a pas demandé au tribunal de prononcer le divorce. En fait chaque fois qu'un mari vend son épouse, c'est ou parce qu'il est pauvre ou qu'il ne peut plus continuer la vie conjugale avec un tel conjoint, l'idée ne lui revient donc pas un jour d'attaquer sa propre vente. De son côté, la femme trahie pour ainsi dire par son mari d'une telle façon, ne pense pas non plus à regagner son premier foyer conjugal, elle préfère rester auprès de son second mari, surtout s'il y a des enfants nés de cette union. Saisis d'une telle affaire, les tribunaux se trouvent souvent par la force des choses devant un dilemme : ou bien rester fidèles aux dispositions du vieux code et prononcer le premier mariage non dissous et le second sans effets ; ou bien laisser les choses dans l'état où elles sont. Dans le premier parti, les juges agissent en plein droit, ils appliquent une disposition de la loi en pleine vigueur. Pourtant n'est-il pas inique qu'au lieu de mettre de l'ordre, on aide au contraire au bouleversement de fond en comble d'une institution de famille. C'est pourquoi notre Jurisprudence agissant avec équité préfère le dernier parti. Pour justifier que le premier mariage est dissous, elle invoque qu'il y a divorce par consentement mutuel, si la vente a été consentie par la femme (Dans ce sens, explication n° 1072, an VIII ²).

Dans un esprit d'équité la Cour suprême va plus loin.

1. *Kouo Wei*, I, p. 591.

2. *Kouo Wei*, I, p. 608.

Quand une vente est forcée et que la femme n'y consent pas lors de la conclusion du contrat, la Jurisprudence présume qu'il y aurait un divorce par consentement mutuel si la femme ne voulait pas se séparer de son second mari après la vente (Arrêt, série *Chang*, n° 2501, an XIV, ¹).

Voilà des cas de dissolution de mariage après la vente des femmes, mais le fondement est autre. Nous sommes en présence d'un divorce par consentement mutuel et non d'un cas de divorce obligatoire. Cette façon d'interprétation qui n'eut lieu qu'à partir de l'an VIII, est conforme à la réalité, il ne s'agit pas seulement d'une préoccupation de tourner la loi. En pratique, lorsque les deux époux à ce moment-là se mettaient d'accord pour se séparer, la femme consentait souvent volontairement à être vendue par son mari. Cela peut paraître impossible, cependant nous n'exagérons rien, le fait s'est produit sinon fréquemment mais assez souvent.

D'après le Code des Ts'ing, pour indiquer le cas de divorce obligatoire, la loi était ainsi conçue : « la femme doit être séparée du mari dans tel ou tel cas ». Cela voulait dire que tout comme pour la vente de la femme, celle-ci doit être séparée de son premier mari et aussi du second, ce qui revient à dire que la femme est rendue à sa famille paternelle. C'est d'après ce cas concret que nous reconnaissons les cas de divorce obligatoire, d'ailleurs telle en est aussi l'interprétation dans le Commentaire officiel du Code des Ts'ing (Chap. xvi, comm. I. Code des Ts'ing, liv. X ²).

Comme le *Ta-li-yuan* a tendance à supprimer le divorce obligatoire, il s'échappe le plus possible de ses conséquences.

1. *Kouo Wei A.*, p. 229.

2. Cf. le P. Boulais. *Manuel du Code chinois*, p. 298, n° 627.

Par exemple, dans le divorce obligatoire ou après la séparation, la femme doit être rendue à sa famille paternelle, la Cour suprême est muette sur ce point.

Un arrêt de l'an VIII nous confirme cette tendance. Un mari pauvre vend sa femme et en partage le prix avec ses complices. Le frère de la femme, unique parent existant, attaque cette vente devant la justice (plutôt par intérêt pécuniaire que par amour fraternel). Le *Ta li yuan* déclare en espèce que puisque le mari a vendu sa femme, le divorce doit être accordé. Mais chez qui doit rentrer cette femme ? Certainement pas chez le premier mari, d'ailleurs il s'est enfui par crainte d'être puni. La femme ne sera non plus rendue à sa famille paternelle, puisque le seul survivant son frère, ne se montre soucieux d'accueillir sa sœur. Comme elle exprime l'intention de vivre avec le second mari la Cour tolère ce mariage ¹.

L'indulgence de tolérer une telle union comme mariage dont l'origine dérive d'un contrat de vente est peut-être poussée un peu loin. Ainsi dans la plupart des cas, la Jurisprudence arrange-t-elle la chose autrement en sauvegardant la situation des enfants issus de cette union. On sait que le concubinage est admis en Chine, il est légitimé pour ainsi dire par une sorte de contrat connu sous le nom de « contrat de concubinage » qui n'est souvent autre qu'une vente. Il en résulte que les tribunaux qualifient la seconde union non point de mariage proprement dit, mais de lien de concubinage. Voici les termes d'une décision d'interprétation de la Cour suprême : « Puisque la femme cohabite pendant des années avec le second mari, et qu'elle lui a donné deux fils, on peut évidemment consi-

1. Décision d'interp. Série *T'ong*, n° 1046, an VIII, *Kouo Wei*, I, p. 604.

dérer qu'il y a entre eux concubinage, et par conséquent le second mari peut, étant le maître, accuser l'adultère de sa concubine, bien qu'il n'y ait pas eu de mariage à cause de la vente »¹.

Une autre décision d'interprétation va même consolider cette espèce d'union en la reconnaissant tout d'abord pour l'état de concubinage, puis en la transformant ensuite en un mariage légitime. Il suffit pour cela qu'il y ait un contrat de mariage subséquent, ou que les conditions nécessaires de transformer la concubine en état de femme légitime soient remplies : le mari n'a pas de femme principale et il manifeste l'intention d'élever la concubine au rang de femme².

Plus probante est une autre décision qui nous montre la non-application du divorce obligatoire par la Jurisprudence depuis l'an VIII. Ce qui caractérise le divorce obligatoire c'est précisément la dissolution forcée du mariage et cela pour toujours. Si donc la Cour suprême permet aux deux ex-époux de reprendre la vie commune par un remariage, elle n'applique pas le divorce obligatoire. Voici un cas concret. Un homme vend irrévocablement sa femme. Quelques années après son père la rachète et la laisse cohabiter avec son fils comme après un remariage. Le parquet du Tch'e-Kiang demande à la Cour, la femme étant fautive de bigamie si l'ancien mari a le droit d'introduire une action contre elle. Le *Ta li yuan* répond que cela dépend s'il y a célébration ou non de la nouvelle union entre le mari et son ex-épouse avant de cohabiter après le

1. Décision d'interp. Série *T'ong*, n° 1054, an VIII, *Kouo Wei*, I, p. 598.

2. Décisions d'interp. Série *T'ong* n° 1072, an VIII, *Kouo Wei*, I, p. 608.

rachat, étant donné la dissolution du premier mariage par un divorce de consentement mutuel. S'il n'y a pas mariage, l'homme n'a aucun intérêt dans l'action ¹.

D'une manière ou d'une autre le *Ta li yuan* depuis l'an VIII, ne considère plus la vente de la femme comme une cause de divorce obligatoire. Il trouve le moyen de résoudre la difficulté et de suppléer à cette carence soit au moyen du divorce par consentement mutuel, soit au moyen du concubinage surtout quand il s'agit de vente. C'est pourquoi nous insistons longuement et particulièrement sur le cas de vente. Cette pratique est si fréquente que le *Ta li yuan* se reconnaît incapable d'y remédier, c'est ce qui est prouvé dans une explication de la Haute Cour : « Il existe trop de cas de vente des femmes par suite de pauvreté. La loi pénale ne suffit plus à combattre les conséquences fatales de ces actes. La société doit développer les institutions sociales contre la pauvreté en atteignant les sources mêmes du mal et cela afin de suppléer à l'incapacité de la loi ².

Ayant approfondi l'état jurisprudentiel sur le divorce obligatoire, nous pouvons en conclure ceci :

En cas de désaccord ou de mésintelligence entre les parents de deux époux, alors que ceux-ci n'y sont pour rien, la Jurisprudence n'admet la possibilité d'aucun divorce ³.

Lorsque l'adultère est toléré ou imposé par le mari, la demande en divorce de celui-ci n'est pas recevable, puisqu'il en est complice.

1. Décision d'interp. Série *T'ong*, n° 1072, an VIII. Recueil, *id*.

2. Décision d'interp. Série *T'ong*, n° 8, an II, *Kouo Wei*, I. p. 3.

3. Arrêts série *Chang*, n° 223, an III, n° 1081, an IV, *Kouo Wei* A. p. 230 et 219.

La vente des femmes est une chose plus grave, elle intéresse l'ordre public. Le *Ta li yuan* tâche d'interpréter cette vente comme un divorce par consentement mutuel, lorsque la femme a été consentante à la vente.

Pour le cas de vente forcée ou de location forcée ou encore de viol de la part du beau-père¹, la Jurisprudence y voit des causes de divorce judiciaire, elle le prononcera donc si la femme le demande, ce qui est autre chose que le divorce obligatoire lequel peut être prononcé d'office.

Il n'en reste pas moins cependant que le divorce judiciaire a un certain caractère obligatoire, dès qu'un tribunal est saisi d'une demande en divorce, motivée par l'un des cas, il doit se prononcer sans aucune appréhension car ils sont péremptoires du divorce.

SECTION II. — Tendance de la Jurisprudence à transformer la répudiation en divorce pour causes déterminées.

Divorce et répudiation sont deux institutions qui conduisent également à la rupture du mariage, point n'est utile d'entrer dans les détails pour les apprécier aussi bien l'une que l'autre. Tandis que le divorce dissout le mariage pour des causes invoquées soit par le mari, soit par la femme, causes identiques pour l'un et l'autre des époux, la répudiation entend libérer les époux de leurs liens conjugaux par la seule volonté de l'un d'eux et pour des causes qui ne sont valables que quand elles concernent l'autre. C'est le mari qui exerce cette volonté et la femme qui la subit, contrainte qu'elle est à la puissance maritale dont semble écouler le droit exorbitant du mari de la renvoyer.

1. Décision d'interp. Série *T'ong*, n° 813, an VII (1918), *Kouo Wei*, I, p. 449.

Le titre d'égal du mari que lui attribue généreusement le Commentaire officiel du chapitre III du livre X du *Ta Ts'ing lu li* sous la rubrique : « de l'interversion de l'ordre entre femme légitime et concubine » ne semble pas devoir jouer dans les rapports de la femme avec le mari ; il ne lui confère que la prééminence sur les concubines de son mari dans l'ordre hiérarchique de la famille. En outre, tandis que le divorce nécessite l'intervention du tribunal, la répudiation a lieu en dehors de toute juridiction à moins que ce ne soit pour la sanctionner.

Cette institution de forme archaïque et si peu conciliable avec l'esprit nouveau qui gouverne les rapports des hommes dans la société moderne se montre comme une tâche nouvelle pour la juridiction suprême chargée de mettre en harmonie autant que possible les lois anciennes encore en vigueur avec le nouvel ordre de choses en attendant les lois nouvelles.

Elle a donc cherché à s'éloigner de plus en plus des premiers principes pour appliquer sans trop de heurts le principe si élémentaire de l'égalité des sexes devant la loi.

Le *Ta li yuan* ne méconnaît pas l'existence de la répudiation, il la reproduit même à plusieurs reprises. Il commence par poser la nécessité du respect du mariage et de la stabilité de la famille : « Dès que les liens conjugaux ont été établis conformément à la loi, l'une des parties ne peut arbitrairement en demander la dissolution sans qu'il y ait une cause légale de divorce bien établie ¹ ». Il omet délibérément de citer la répudiation qu'il méprise à côté du divorce comme moyen de dissolution du mariage.

En énumérant les sept causes de répudiation et les trois

1. Arrêt série *Chang*, n° 1028, an V. *Kouo Wei A.*, p. 234.

cas d'exception, il insiste sur la nécessité de réunir toutes les conditions de la loi pour son exercice « sans quoi le mari ne saurait être admis à renvoyer sa femme à sa guise ¹ ». Nous le voyons même préciser l'une des causes de la répudiation et ordonner que « manquer de soumission aux beaux-parents du mari » veut dire manquer de piété filiale et que « sortir sans avertir les beaux-parents ne saurait constituer une cause de répudiation ² ». Le *Ta li yuan* du reste subordonne la cause de répudiation à ce « que la femme se montre incorrigible après de vaines remontrances ³ ».

Mais voici que le *Ta li yuan* rénove et va prudemment détourner la nature primitive de la répudiation. Après avoir rappelé comme il convient les passages concernant la répudiation dans les « lois actuellement en vigueur, *Hien hing lu* », il avance que si l'adultère de la femme a été commis sous l'autorisation préalable du mari, celui-ci ne pourra pas dans ce cas demander la dissolution du mariage avec sa femme ⁴.

Il est à remarquer que la Cour suprême ne dit point que le mari ne pourra pas renvoyer sa femme, mais demander la dissolution du mariage. La répudiation sera-t-elle subordonnée à une demande en justice et perdra-t-elle ainsi son caractère propre qu'est la faculté pour le mari de renvoyer sa femme sans aucune intervention judiciaire, à moins que la justice ne soit appelée à se prononcer sur le bien-fondé de l'acte ? Et cela d'autant plus qu'elle assimile les causes de répudiation et de divorce au profit de

1. Arrêt car. *Chang*, n° 1793, an IV, *Kouo Wei A.*, p. 232.

2. Arrêt car. *Chang*, n° 85, an VI. *Kouo Wei A.*, p. 234.

3. Arrêt car. *Chang*, n° 947, an VI. *Kouo Wei A.*, p. 235.

4. Arrêt car. *Chang*, n° 331, an IV. *Kouo Wei A.*, p. 232.

la femme en recourant aux dispositions du premier projet de Code civil. Le *Ta li yuan* l'entend ainsi ; c'est à plusieurs reprises qu'il parle dans ses décisions de dissolution ou absence pour le tribunal du droit de prononcer le divorce demandé au lieu de faculté du mari de répudier.

Si nous passons de la Jurisprudence contentieuse de la Cour suprême à cette autre source également vivante du droit chinois moderne que constituent les décisions d'interprétation émanant de cette même Cour, nous constatons une haute préoccupation de la Cour de manier les textes en vigueur sans les mettre nettement à l'encontre des idées nouvelles. Cette même décision qui parle du divorce obligatoire ¹ adopte le même souci dans l'application de la loi. Répondant à la seconde question posée, elle reconnaît explicitement au mari le droit de renvoyer sa femme coupable d'un des sept cas de répudiation sans pouvoir justifier d'un des trois cas d'exception, à moins qu'il n'y ait eu adultère, mais elle décrète en même temps que l'application de ce droit légal du mari ne peut être pris à la lettre, mais doit coordonner avec l'état social.

La répudiation est donc appelée à disparaître de la loi. La Jurisprudence lui porta en outre une autre atteinte dans son application, comme nous l'avons dit plus haut, par de nouvelles dispositions dans le projet de Code civil, dispositions relatives au divorce. Les causes de répudiation ne sont-elles pas désormais incluses dans celles du divorce sauf pour le cas qui concerne la privation de fils, celui de loquacité et aussi pour le vol. L'impudicité, le manque de soumission aux beaux-parents, la jalousie et les mauvaises maladies peuvent respectivement corres-

1. Déc. série. *T'ong*, n° 576, an VI. *Kouo Wei*, I, p. 317.

pondre à l'adultère de la femme, aux sévices et injures envers les parents supérieurs en ligne directe du mari, aux cas d'injures graves et aux maladies incurables, causes de divorce dans le projet de Code civil. En outre, il appartient également à la femme d'invoquer ces causes pour demander le divorce puisque désormais les mêmes causes sont communes aux deux époux, alors qu'auparavant elle ne pouvait le faire que si le mari l'avait frappée brutalement ou s'il était resté absent plus de trois ans sans donner de ses nouvelles. Il faut noter que l'adultère du mari peut être pour la femme une cause de divorce s'il y a eu condamnation pénale par analogie au cas du fiancé coupable de mauvaises relations, cas prévu dans les lois en vigueur ¹.

Le grand mouvement d'émancipation des femmes achève de supplanter la répudiation au profit du divorce. Alors qu'elles étaient déshonorées par le fait d'être traduites devant un tribunal, elles ne manquent plus de recourir à la voie judiciaire quand elles sont frappées dans leur honneur par un acte de répudiation, et au cas où elles se tairaient sans protester devant la répudiation, on pourrait les considérer comme y étant consentantes, et par suite voir là un cas de divorce par consentement mutuel.

Pour compléter l'évolution de la jurisprudence dans sa transformation de la répudiation en divorce pour cause déterminée, reprenons quelques cas de répudiation suivis de l'interprétation fournie par le *Ta li yuan* eu égard aux causes du divorce.

Nous savons que le manque de fils constitue l'un des

1. Arrêt car. *Chang*, n° 1484, an XV. *Kouo Wei A.*, p. 239.

sept cas de répudiation de la femme quand bien même elle aurait des filles et ceci pour assurer la continuation du culte aux ancêtres réservé aux héritiers mâles. La Jurisprudence remédie heureusement à cette injustice en la subordonnant aux conditions suivantes :

1^o Il faut que la femme ait atteint déjà la cinquantaine. Tant qu'elle n'a pas cet âge, n'y-a-t-il pas encore possibilité de donner des enfants à son mari. Le mari ne saurait donc répudier sa femme pour cette seule raison tout au moins avant cet âge-là.

Cet âge de cinquante ans n'est pas fixé par la loi des Ts'ing, mais adopté par le *Ta li yuan* dans une interprétation par analogie ¹ qui relève d'ailleurs d'un commentaire du Code des T'ang: En effet on y trouve la question suivante : « A quel âge une femme stérile peut-elle être répudiée » ?, à quoi il est répondu : « D'après la loi, si l'on n'a pas encore de fils d'une femme déjà quinquagénaire, on doit constituer l'aîné des fils concubinaires comme héritier légitime, d'où il suit qu'une femme sans fils ne peut pas être répudiée avant d'avoir cinquante ans » (*T'ang lu chou yi*, liv. XIV). Cette même loi relative à l'établissement d'un fils concubinaire comme héritier légitime se trouve reproduite dans le Code des Ts'ing (liv. VIII, chap. IV, loi princip. 1^{re}), mais non le corollaire sur la répudiation d'une épouse quinquagénaire.

2^o Il faut que le mari soit privé de fils et n'ait d'autre moyen d'en obtenir que par un second mariage. Le mari ne doit pas renvoyer sa femme pour privation de fils s'il a déjà des fils d'un premier lit, des fils concubinaires ou des héritiers institués, ou bien dans le cas négatif s'il est

1. Déc. d'interp. série *T'ong*, n^o 591, an VI. *Kouo Wei*, I, p. 326.

dans la possibilité d'en avoir sans contracter un nouveau mariage. Comme la loi du livre IX admet la possibilité d'instituer toujours un fils légal, le cadre de ces autres moyens est donc très large.

3° Enfin il faut que la stérilité soit imputable à la femme, rien ne serait plus inique que de frapper une femme de répudiation, si c'est par la faute du mari lui-même qu'il n'y a point de fils.

Il est nécessaire d'ajouter que ces trois conditions remplies, le mari ne pourra plus renvoyer sa femme si celle-ci peut justifier d'une des trois exceptions prévues, savoir : le deuil porté pendant trois ans pour un des beaux-parents, le changement de fortune du mari, et le manque de famille où l'épouse renvoyée pourra se retirer. Il est donc à peu près certain qu'une femme stérile court peu de risque de se voir répudiée après cinquante ans.

La Jurisprudence non contente d'atténuer considérablement jusqu'à les rendre caduques certaines causes de répudiation, alla plus loin encore et dépassa même la loi en permettant à la première femme de demander le divorce pour cause de bigamie du mari.

On sait que la bigamie est sévèrement punie par le Code des Ts'ing, mais au point de vue sanction civile, celle-ci ne va pas plus loin que d'ordonner l'annulation du second mariage ¹.

« Bien que la loi actuellement en vigueur ne contient pas de texte permettant à la première femme de demander le divorce pour fait de bigamie de la part de son mari, ce droit doit lui être accordé selon les principes généralement admis pour la protection des intérêts de l'époux victime ² ».

1. *Ta Ts'ing lu li*, liv. X, chap. III, loi principale 2.

2. Arrêt, n° 1124, an IX. *Kouo Wei A.*, p. 238.

Les principes généraux du droit, comme nous l'avons dit à maintes reprises, s'inspirent encore du projet de Code civil de 1909, article 1362, § 1.

Partant de ce même article du projet, § 3, la Jurisprudence accorde une nouvelle cause de demande de divorce à la femme. C'est le cas où le mari est condamné pour adultère. Le Code des Ts'ing permettait la rupture du contrat de fiançailles, au cas où le fiancé se rendait coupable d'impudicité, mais ne voyait nullement une cause de divorce dans l'adultère du mari. Le *Ta li yuan*, tout en innovant sur le Code des Ts'ing, use de la règle relative aux fiançailles du Code et en fait application par analogie. « Il ne peut, pour l'adultère du mari qui ne se compare pas en général avec celui de la femme, être accordé facilement de divorce. Toutefois, il n'en est plus de même si le mari coupable d'adultère a été condamné, auquel cas, dans l'intérêt de la protection de la personne et de la réputation de la femme, le divorce doit être accordé par analogie à la règle relative à la rupture de fiançailles pour adultère de fiancé ¹.

Il est encore une cause de divorce prévue à l'article 1362 du projet de Code civil sur laquelle la jurisprudence s'est appuyée dans de nombreux cas, c'est à propos d'injures graves ou de sévices.

On sait que pour les sévices, sous l'empire du Code des Ts'ing, la femme se trouvait dans un état d'infériorité notable à l'égard du mari. En passant sur les pénalités de ce code qui ne sont plus applicables dès l'entrée en vigueur du Code pénal provisoire du 10 mars 1912, les sanctions civiles varient selon qu'il s'agit du mari ou de la

1. Arrêt, n° 1484, an XV. *Kouo Wei A.*, p. 239.

femme victime des sévices ; la Jurisprudence fit état de cette différence de traitement résultant des règles du Code des Ts'ing laissées en vigueur. Ainsi le mari qui est battu par sa femme peut demander le divorce sans qu'il soit besoin d'en résulter quelque fracture¹. tandis qu'au contraire la femme ne peut demander le divorce pour avoir été battue par son mari ou par ses beaux-parents ou les parents de son beau-père que s'il en est résulté quelques blessure ou infirmité ou maladie grave², et encore, dans le premier cas, il faut, semble-t-il, l'assentiment du mari. Mais à cette condition brutale le *Ta li yuan* ajoute « si, d'après les circonstances, le fait ne peut être considéré comme sévices rendant la vie commune impossible ». C'est le cas de sévices infligés par l'un des époux à l'autre rendant la cohabitation impossible prévu au paragraphe 4 de l'article 1362 du projet que nous retrouvons. Cette nouvelle notion est d'ailleurs introduite par la Cour suprême dans un arrêt antérieur, posant, en principe, que « l'un des époux qui subit de la part de l'autre de mauvais traitements (sévices) au point que la cohabitation en soit rendue impossible, peut demander le divorce³ ».

D'autre part, comme dans l'arrêt ci-dessus, le *Ta li yuan* semble vouloir conférer un traitement égal au mari et à la femme par un énoncé général mis en tête de maints arrêts. Nous en parlerons dans la section suivante à propos de l'égalité de traitement que la Jurisprudence tend à accorder aux deux époux.

1. Arrêt n° 537, an IX, *Kouo Wei A.*, p. 238 et le P. Boulais. *Manuel du Code chinois*, liv. VI, chap. xxii, p. 608.

2. Arrêt n° 18, an VI, *Kouo Wei A.*, p. 234. le P. Boulais, *Manuel du Code chinois*, liv. VI, chap. xxii, p. 608 et chap. xxxiv, p. 616.

3. Arrêt n° 1457, an V. *Kouo Wei A.*, p. 234.

Les injures graves sont une cause de divorce totalement inconnue du Code des Ts'ing et une œuvre jurisprudentielle fondée sur le respect individuel et inspirée du premier projet de Code civil, article 1362, paragraphe 4, seconde partie. Son introduction date des premières années de la République et les nombreux cas qui s'y rapportent nous permettent d'en saisir un aperçu pratique et général.

Il s'agit d'abord d'injures subies par la femme rendant effectivement impossible la continuation des rapports matrimoniaux. Le divorce doit être accordé dans ce cas, dit le *Ta li yuan*, pour le maintien de la paix en famille et le respect de la personne. Mais, précise la Cour, l'injure ne peut comprendre les disputes légères et les réprimandes sans importance. Elle peut consister en des paroles ou actes d'un époux de nature à faire perdre à l'autre sa considération dans le milieu social de telle sorte qu'il ne puisse les endurer ¹. L'arrêt en question cite comme exemple le fait pour le mari de clamer l'inconduite de sa femme dont la fidélité est pourtant irréprochable.

Est encore constitutif d'injures graves susceptibles de motiver une demande en divorce, le fait pour le mari de porter une accusation calomnieuse d'adultère contre sa femme ². Il y a dans ce cas, dit le *Ta li yuan*, identité de circonstances avec le cas de rupture de lien conjugal prévu dans les lois anciennes.

Du côté de la femme, il y aurait aussi injure grave d'aider les autres à calomnier son mari ³.

Mais la Cour suprême refuse d'invoquer la discorde des époux par suite d'un procès engagé entre eux justifiant

1. Arrêt n° 717, an V. *Kouo Wei A.*, p. 233.

2. Arrêt n° 1012, an VI et n° 44, an XIV. *Kouo Wei A.*, p. 235 et 239.

3. Décision d'interprétation, n° 1203, an IX. *Kouo Wei*, I, p. 691.

une demande en divorce, car dit-elle, il ne serait guère utile de fixer des conditions à l'admissibilité du divorce, un procès simulé en vue de son obtention pouvant toujours être engagé à l'avance par l'un des époux contre l'autre, enlevant par là tout moyen d'appréciation aux tribunaux ¹. De même, les paroles outrageantes prononcées par les époux réciproquement dans un procès où ils sont partie ne doivent pas être retenues comme injures graves, même si elles sont particulièrement violentes ². Tout en accordant aux époux le droit de divorce pour se libérer du joug conjugal devenu insupportable par l'attitude injurieuse de l'un d'eux, la Jurisprudence a eu souci de ne pas favoriser l'arbitraire en exigeant un caractère de gravité manifeste, eu égard aux conditions sociales des époux, des injures qu'ils peuvent avoir à se reprocher.

Nous faisons remarquer dès maintenant que les mots « injures graves » du paragraphe 4 de l'article 1362 du projet de Code civil dont le *Ta li yuan* a fait une application anticipée au nom des principes généraux du droit, ont disparu du Code civil définitif promulgué en 1929-1930. Nous renvoyons les discussions à ce sujet au chapitre des causes de divorce d'après la législation actuelle.

Il est enfin une cause de divorce prévue au Code des Ts'ing sur laquelle la Jurisprudence a dérogé au texte. Les articles supplémentaires du chapitre xvi du livre X de ce Code prévoient que la femme dont le mari sera absent sans donner de nouvelles pendant trois ans pourra en référer au mandarin duquel elle obtiendra une pièce approbative lui permettant de contracter un nouveau mariage.

Le Commentaire du Code indiquait comme absence

1. Arrêt n° 177, an VIII. *Kouo Wei A.*, p. 236.

2. Arrêt n° 1138, an VI. *Kouo Wei A.*, p. 235.

ou fuite du mari le départ sans esprit de retour à la suite d'une poursuite de la justice, d'un trouble militaire, d'une famine ou autres événements de ce genre. La nécessité pour la femme de s'adresser aux autorités pour obtenir le droit de se remarier crée un cas de divorce judiciaire. Mais la Jurisprudence par une interprétation détournée et sujette à critique, y voit une formalité non indispensable servant à constater le fait de l'absence et sa durée, de sorte que si l'absence de trois ans est réelle et peut être prouvée après coup, l'omission de cette formalité n'entraîne point l'annulation du remariage de la femme¹. Il en résulte que le divorce devient automatique par la volonté de la femme sans avoir à faire constater au préalable que son mari a été absent pendant trois ans sans donner de nouvelles. La Jurisprudence explique cette interprétation par la raison qu'il est inhumain de faire attendre la femme indéfiniment alors que son mari ne donne plus signe de vie. Nous croyons que cette trop large interprétation, donnée par la Cour suprême, sans entourer de garanties suffisantes le second mariage de la femme est condamnée par le Code actuel qui classe l'absence de plus de trois ans du mari parmi les causes du divorce judiciaire.

SECTION III. — Tendence à donner un traitement égal à la femme et au mari.

Déjà à partir de la dynastie des T'ang nous avons vu que, malgré l'idée non détruite de l'infériorité de la femme par rapport à l'homme, les abus de celui-ci étaient tels que la loi ne pouvait les laisser impunis. C'était donc dans

1. Arrêts n° 1167, an III, et n° 1381, an VII. *Kouo Wei*, A., p. 231, et 236.

le but de réprimer ces abus que les droits de la femme furent indirectement reconnus. Il est incontestable cependant que la femme était encore loin d'être traitée comme l'égale de l'homme devant la loi.

Arrivons à la Révolution de 1911, où nous assistons à un changement complet. Ce n'est plus dans le but unique de remédier aux abus de l'homme que l'on accorde quelques droits à la femme, mais dans la volonté bien établie de reconnaître désormais l'égalité des sexes ; alors la condition de la femme se trouve du même coup sensiblement relevée.

Ce nouveau principe entraîne à des conséquences différentes du premier. Alors que la femme restait l'inférieure de l'homme et que l'on ne cherchait qu'à punir les abus de ce dernier, il fallait en arriver à des excès considérables pour qu'il y ait lieu de pénalité et comme les droits de l'homme étaient presque illimités on se rend compte de la situation malheureuse de la femme. Ainsi, « le mari, dit un Commentaire du Code des Ts'ing, peut battre ou injurier sa femme coupable de quelque faute grave ou légère ». (Code des Ts'ing, chapitre : *Mari tuant à force de coups sa femme coupable*). Ce qui doit encore être considéré comme dans la limite des droits du mari. « Mais, continue le Commentaire, il ne peut ni la blesser ni la mutiler ». Ce n'est que quand le mari blesse ou mutilé sa femme que la limite de l'abus est dépassée.

Tandis que si l'on part du principe d'égalité, la limite de l'abus du droit marital sera très sensiblement reculée. Elle devra commencer non seulement lorsqu'il y a mutilation de la femme, mais encore dès que le mari la bat sans motif.

Mais le *Ta Ts'ing-lu-li* étant encore en vigueur à ce

moment-là, il serait faux de croire que le principe d'égalité était pleinement appliqué. La Jurisprudence y tendait seulement.

Pour ne parler que du sujet qui nous concerne, le principe d'égalité des sexes fut introduit dans le domaine du divorce de plusieurs manières.

1^o Tout d'abord en matière de répudiation, cette tendance est traduite par deux transformations différentes l'une de l'autre.

a) Par la transformation de répudiation en divorce judiciaire. Ce qui veut dire qu'au lieu de laisser au mari le droit de répudier arbitrairement sa femme, on exige un jugement. Un pouvoir d'appréciation est laissé au juge qui ne prononce le divorce au profit du mari que quand la femme a mérité un tel traitement. C'est évidemment un grand pas vers l'égalité. Nous avons déjà vu cette modification ; nous n'y reviendrons pas.

b) Par la transformation du sens des sept causes anciennes de répudiation. Nous avons vu que les sept causes de répudiation sont souvent insignifiantes dans le sens primitif, de façon que le mari peut renvoyer sa femme pour des motifs infimes. La Cour suprême de Pékin chercha sans cesse à donner une signification plus sérieuse à ces causes. Dans une idée de justice envers la femme, elle attribua un sens nouveau à ces causes toutes fois que cela lui fut possible.

C'est ainsi que le manque de fils fut interprété dans le sens de stérilité ; le manque de soumission aux beaux-parents dans celui d'injures graves et de sévices envers eux ; l'impudicité dans le sens d'adultère. Pour les cas secondaires elle ne voulut plus les prendre en considération et les laissa ainsi tomber en désuétude. Tel le cas de

jalousie. La Cour supérieure de Ngan-Houei dans une lettre adressée au *Ta li yuan* fit allusion à la loquacité essayant par là de lui enlever toute raison de divorce ¹.

Le vol ne fut plus non plus une cause de divorce, tout au moins avec le sens ancien. Dans son sens primitif, il signifiait le fait que la femme amassait un pécule. Or, d'après la Jurisprudence, la femme pourrait désormais posséder des biens propres ².

Quant au cas de maladie honteuse ou grave, on semblait ignorer qu'elle pouvait être une cause de répudiation. On invoquait la loi sur la supercherie lors de la conclusion du contrat de fiançailles, loi par laquelle le contrat est annulable si l'une des parties n'a pas fait savoir à l'avance à l'autre la maladie ou l'infirmité dont il est atteint ; si la maladie ou l'infirmité est survenue après la célébration du mariage, naturellement il n'y a plus lieu de demander l'annulation ³. Ce qui équivalait à la suppression de la mauvaise maladie comme cause de divorce.

Ces deux transformations étant faites en même temps, il en résulta que non seulement les causes de la répudiation devenaient celles du divorce, mais encore prenaient un caractère beaucoup plus sérieux qu'auparavant. Les droits de la femme gagnaient donc du terrain dans les deux sens.

Ces droits connurent encore un plus grand développement lorsque la Jurisprudence augmenta le nombre de causes du divorce pour la femme contre son mari. Nous avons vu que la bigamie, l'injure grave étaient considérés

1. Décision d'interp., n° 1134, série *T'ong* de l'an VIII. *Kouo Wei*, I, p. 644.

2. V. Arrêts n° 2052, an IV, et 475, an V, série *Chang*. *Kouo Wei*, A, p. 209.

3. Décision d'interp., n° 1248, an IX. *Kouo Wei*, I, p. 722.

comme causes de divorce à cette période pour l'homme seulement. Mais à partir de ce moment elles deviennent communes aux deux époux. C'étaient donc deux nouveaux cas en faveur de la femme pour demander le divorce.

Sous l'Empire, l'adultère du mari n'amenait pas au divorce, contrairement à celui de la femme. Une seule exception existait, c'était le cas où le mari se rendait coupable de cet adultère avec la belle-mère sa complice (Code des T'ang, liv. XIV, commentaire de la loi 8).

La Jurisprudence d'après la Révolution ne considérait pas non plus l'adultère du mari comme une cause de divorce lors des premières années de la République. Le *Ta li yuan* s'appuyait sur un texte du Code des Ts'ing disant que l'impudicité ou le vol commis par un fiancé est une cause de rupture du contrat de fiançailles, or donc, l'adultère du mari n'est pas une cause de divorce, puisque l'adultère est une impudicité commise après le mariage ¹.

Mais un revirement eut lieu en l'an XV, dans la Jurisprudence à cet égard. Par l'arrêt n° 1484, série *Chang* de l'an XV ², la Cour suprême de Pékin déclarait qu'ordinairement l'adultère du mari à la différence de l'adultère de la femme ne doit pas être une cause de divorce. Mais si l'adultère du mari a donné lieu à une condamnation pénale, il en sera autrement. Pour sauvegarder la dignité et la réputation de son épouse, le tribunal doit accorder le divorce à la femme.

Cette idée de faire l'adultère du mari une cause de divorce à la condition que le mari ait été condamné, s'était inspirée du premier projet de Code civil dont l'article 1362, n° 3 invoquait la même raison. Mais cela est de peu d'import-

1. Arrêt n° 753, an VIII. *Kouo Wei*, A., p. 237.

2. *Kouo Wei*, A., p. 239.

tance. Ce n'est qu'un cas de plus accordé à la femme pour demander le divorce loin encore de toute égalité puisqu'il dépendait d'une condition stipulée, cependant c'était déjà un pas vers le traitement d'égalité.

Nous avons vu aussi que si excès et sévices de la part de la femme étaient une cause de divorce déjà dans la deuxième période, il n'en était pas tout à fait de même pour le mari. Il fallait que celui-ci ait mutilé sa femme ou qu'il ait consenti à divorcer pour que les excès et sévices du mari aboutissent à un divorce, tandis que pour la femme la cause de divorce commençait dès qu'elle portait la main sur son mari. Or, le *Ta li yuan* fit des excès et sévices du mari une cause de divorce de la même façon que pour ceux de la femme.

D'un côté il décida que le fait pour la femme de frapper son mari ne constitue une cause de divorce que lorsqu'il rend le maintien du lien conjugal impossible. Est considéré comme insuffisant le fait que la femme blesse légèrement son époux à la suite d'une colère passagère ¹.

De l'autre, si le mari a l'habitude de frapper sa femme, cela constitue une preuve manifeste que les sévices sont suffisants pour témoigner l'impossibilité de cohabitation, sans qu'il y ait besoin d'une nouvelle preuve que la blessure de la femme est assez grave pour justifier le prononcé du divorce, c'est-à-dire sans qu'il soit nécessaire que la femme soit mutilée ².

Dans d'autres arrêts, la Cour s'appuya encore sur l'importance de l'impossibilité de cohabitation — inspiration du 1^{er} projet du Code civil — pour déclarer que le consentement du mari ne doit plus être exigé si ces excès

1. Arrêt n° 264, série *Chang*, an VII. *Kouo Wei* A., p. 236.

2. Arrêt n° 1073, série *Chang*, an V. *Kouo Wei*, A., p. 234.

rendent la cohabitation insupportable pour la femme ¹.

Ce qui prouve déjà que la femme est traitée de la même façon que le mari. Mais il y a d'autres décisions où l'idée d'égalité est encore plus remarquable. La Cour déclare de plus que si l'un des époux, donc assimilation complète, exerce sur l'autre des sévices entraînant l'impossibilité de cohabitation, le divorce pourra être prononcé sur la demande de l'autre ².

4^o Enfin la tendance à donner un traitement égal à la femme et au mari est marquée par l'attribution d'une nouvelle voie au divorce par consentement mutuel.

Nous savons que le divorce par consentement mutuel existait déjà sous l'Empire et que les Codes dynastiques le contenaient sous une forme négative. Nous avons montré les conséquences de cette forme négative qui rendait occulte l'existence d'un tel divorce. Or le divorce d'accord est en principe un divorce libéral donnant en même temps un traitement égal au mari et à la femme. C'est une institution conforme aux idées révolutionnaires. Aussi beaucoup de pays l'accueillent-ils favorablement comme quelque chose de moderne.

Il en est de même pour notre pays. Nos juristes ayant en vue la possibilité de rendre nos lois accessibles aux gens de tous pays, tout en leur gardant leurs caractères propres, cherchent toujours à encadrer ce qu'il y a de vieux dans ce qu'il y a de moderne ³.

Tout récemment encore un exemple confirma cette

1. Arrêts n° 1457, série *Chang*, an V. *Kouo Wei*, A., p. 234.

2. Arrêts n° 1457, série *Chang*, an V; n° 264, an VII, et n° 309, an IX. *Kouo Wei*, A., p. 234, 236 et 238.

3. Yang Hong-lie. *Histoire du développement du droit chinois*, p. 906, § I.

idée. Dans le but d'adopter le système métrique tout en conservant le mieux possible les noms et à peu près le contenu de l'ancien système, on procéda comme suit : le mètre mesure en réalité 3,125 pieds de chez nous, pour les unifier, comme on ne peut pas changer la définition du mètre, on change celle du pied de telle façon qu'un mètre mesure 3 pieds, etc...

On ne craint pas de modifier nos vieux systèmes pour les rendre conformes au système universel. A plus forte raison lorsque nos législateurs sont en présence d'une vieille institution, tel le divorce d'accord, institution qui ne demande qu'à se moderniser, ils s'en emparent bien vite. De la forme négative dont il était revêtu dans les vieux codes, on le transforme en une disposition positive.

Ainsi le divorce par consentement mutuel à forme moderne exista dans tous les projets de Code civil. Et la Jurisprudence ne disait plus que lorsque deux époux ne s'accordent pas, ils peuvent se séparer volontairement sans être punis, mais déclarait que le divorce par consentement mutuel est une chose permise par la loi en vigueur, c'est-à-dire par le *Ta Ts'ing hien hing hing lu* (Code pénal des Ts'ing actuellement en vigueur ¹). Et la Cour Suprême répétait dans bien des décisions que pour le divorce par consentement mutuel, on n'exige pas de cause, pour dire que lorsqu'il s'agit de divorce judiciaire il en faut une ².

Mais il faut reconnaître que la Jurisprudence avait bien d'autres raisons pour la déterminer d'agir ainsi. Ainsi le divorce d'accord étant souvent un bon moyen pour légitimer des situations de fait, les juges en conséquence lui donnèrent une vie nouvelle.

1. Voir arrêt n° 147, an V. *Kouo Wei*, A., p. 233 et arrêt n° 1194, an VI, *id.*

2. Voir par exemple arrêt n° 1056, an IV. *Kouo Wei*, A., p. 749.

Par exemple : dans la décision d'interprétation n° 1222 (Kouo Wei, I, p. 703), c'est pour légitimer la seconde union d'une femme vendue par son premier mari, union que celle-là désirait continuer, que le *Ta li yuan* décida que le divorce par consentement du premier mariage doit être présumé du fait que le premier mari a vendu sa femme et que celle-ci ne le veut plus comme mari.

Puis dans la décision d'interprétation n° 1231 ¹, le *Ta li yuan* déclare qu'il peut y avoir divorce par consentement mutuel, lorsque les deux époux ont manifesté leur volonté commune pendant les débats d'une instance en divorce en cours, bien que le jugement de divorce ne soit pas encore prononcé, parce que dès l'instance le père de la femme a marié sa fille à un autre homme, etc...

Mais cela n'empêche pas que la Jurisprudence ait fait ressortir l'existence du divorce par consentement. D'occulte qu'il était auparavant désormais il existe au grand jour.

Un autre point montre que c'est bien un esprit libéral qui a poussé la Jurisprudence à agir de la sorte ; elle déclara à plusieurs reprises, dans ses décisions, que le divorce d'accord est une œuvre essentiellement personnelle, les parents supérieurs ne doivent plus intervenir comme ils le font en matière de mariage ².

Quelles sont les conséquences de tout cela ?

Comme nous l'avons dit plus haut, tant que les anciennes mœurs existent, il n'y a pas d'inconvénient d'admettre le divorce d'accord. Or, la Révolution a sapé ces mœurs dans leurs racines. Aussi le danger s'est-il fait sentir tout

1. *Kouo Wei* I, p. 709.

2. Arrêt n° 735, an VI. *Kouo Wei*, A., p. 235 ; arrêt n° 132, an VIII, *Kouo Wei*, A., p. 235 et décision d'interprétation, n° 1993, série *T'ong* an XV. *Kouo Wei*, I, p. 1161.

de suite. En 1922 une véritable crise de divorce se produisit en Chine. A tel point que le ministère de la Justice fut obligé d'envoyer une circulaire à tous les tribunaux pour leur commander de restreindre même le divorce pour causes déterminées ¹.

Nous avons montré comment la Jurisprudence s'était employée pour conférer un traitement égal à la femme et au mari. Elle a bien fait dans son ensemble, sauf en matière de divorce d'accord pour lequel les apports peuvent être jugés moins heureux.

SECTION IV. — Des idées plus avancées sur le divorce émises après le transfert de la Capitale de Pékin à Nankin.

L'idée d'égalité des sexes et celle de liberté vers lesquelles la Jurisprudence tendait toujours sont encore plus marquées depuis que la deuxième Révolution est achevée. Tout ce que jusque-là le *Ta li yuan* (Cour suprême de Pékin) n'osait pas faire, le *Tsouei kao fa yuan* (Cour suprême de Nankin) le fit. En effet, non seulement ceux qui furent à la tête de la Révolution proclamèrent des idées nouvelles, mais encore l'état social par suite de seize ans de démocratie devient de plus en plus propre à l'application de ces deux principes.

Ainsi simultanément voit-on mettre en pratique la succession des filles, la liberté absolue en matière de mariage et enfin, ce qui nous intéresse plus spécialement, la liberté absolue en matière de divorce.

Ce sont là des choses inouïes, eu égard à notre tradition

1. Voir l'article sur cette circulaire dans *Tchong Kouo fou niu wen ft'i t'ao louen ts'ü*. Recueil des articles sur les questions relatives aux femmes chinoises, t. V, p. 63.

millénaire. D'après même la loi des Ts'ing encore en vigueur à ce moment-là, la fille n'héritait jamais lorsqu'il y avait non seulement un frère, mais même un parent mâle du clan, quel que soit son degré de parenté s'il est susceptible d'être institué comme héritier.

Autre chose, jusque là, bien que la Jurisprudence eut toujours tendance à exiger le consentement personnel des parties pour la formation du contrat de mariage, cependant en réalité c'était encore le consentement des parents qui dominait.

Enfin, pour le divorce, il est une chose répétée de tout temps par la Jurisprudence : sauf pour le divorce par consentement mutuel on ne peut se séparer qu'en vertu d'une cause légitime.

La succession des filles, qui est d'ailleurs de pure justice, entre définitivement dans le Code civil.

La liberté absolue pour la conclusion du mariage qui veut dire au fond que le mariage ne doit plus être imposé par les parents, n'existe plus que pour les majeurs.

Ces deux questions ne nous intéressent pas ici, nous les laissons de côté. Seule la troisième mérite d'être étudiée en détails.

Le texte qui servit d'appui à ce principe de liberté absolue en matière de divorce est une résolution relative au mouvement féministe de la deuxième Assemblée nationale. Cette résolution a été invoquée par un grand nombre de décisions d'interprétation ¹.

On décréta l'utilité d'établir des lois matrimoniales d'après le principe d'égalité des sexes (art. IX, al. 1),

1. Décision n° 83, série *Kiai* de l'an XVII (1928), R. I. C. S., t. II, p. 56.

et celui de la liberté absolue en matière de mariage et de divorce (art. IX, al. 4¹).

En attendant que ces lois fussent votées le Comité exécutif du Ministère de Justice (Gouvernement nationaliste de Konang Tong) ordonna aux Cours supérieures des Kouang Tong, Kouang-Si et Hou-Nan (les trois seules provinces soumises au gouvernement nationaliste à ce moment-là) de juger d'après les principes émis².

Malheureusement nous n'avons pas en main la Jurisprudence de ces trois provinces pour voir les conséquences résultant de l'application de ces principes, lesquelles doivent être fort intéressantes. Ces trois provinces furent les seules à appliquer pendant longtemps les dits principes.

Évidemment lorsque vers le deuxième semestre de l'an XVI (1927), le gouvernement nationaliste parvint à dominer le pays entier, cette façon de juger d'après le principe d'égalité et de liberté absolue fut appliquée partout en Chine tant qu'il n'y eut pas de lois promulguées. C'est de la Jurisprudence exercée sous le gouvernement nationaliste qui transporta la capitale à Nankin jusqu'à la mise en vigueur du Code civil, que nous nous occupons ici.

Donc il faut juger les actions en divorce d'après le principe de liberté absolue. Mais le principe n'est qu'un principe, comme l'observait justement la Cour supérieure de Ngan Houei, il peut être interprété sous trente-six formes différentes³.

1. Voir décisions d'interprétation, série *Kiai*, n° 57, an XVII, *id.* t. II, p. 12 et n° 35, an XVII ; *id.* t. I, p. 55 et arrêt n° 47, R.A.C.S., t. I, p. 21.

2. Voir décision d'interp., n° 35, an XVII, *id.*

3. Décision d'interp. n° 33, série *Kiai*, an XVII, *id.*, t. I, p. 52.

A vrai dire, la liberté absolue en matière de divorce doit signifier ici qu'aucune entrave ne saurait exister, autrement dit toutes les causes du divorce doivent être exclues. La Cour supérieure de Tch'e Kiang dit, en conséquence à la Cour suprême, que si l'on exige des conditions pour accorder le divorce, le principe de liberté absolue est sans signification ¹.

Le Ministère de Justice et la Cour suprême de Nankin semblent tout d'abord s'être laissés entraîner par cette manière de voir.

Dans une ordonnance du 10 novembre, an XVI, le Ministère de Justice déclare qu'avant que les lois nouvelles ne soient en vigueur, on doit statuer sur la base du principe de liberté absolue en matière de divorce. Le texte de la décision prise par la deuxième Assemblée nationale est très clair, si clair que si l'on y trouve quelques points discutables. On n'a d'autre moyen d'y remédier que de réviser la décision elle-même ².

La Cour suprême, de son côté, se montra très indécise au début de la question. Elle répéta que l'on ne doit pas tenir compte des conditions déterminées pour prononcer le divorce. Il suffit pour les tribunaux de voir s'il y a un juste motif d'accorder le divorce ³.

La Cour suprême semble donc exiger, sinon une cause déterminée pour le divorce, au moins un motif juste — donc quelque chose de vague — par là, elle laisse, semble-t-il un pouvoir d'appréciation au juge.

1. Décision n° 35, série *Kiai*, id., p. 55.

2. Voir dans la lettre jointe à la décision, n° 57, série *Kiai*, *Recueil id.*, t. II, p. 12.

3. Décision d'interprétation, série *Kiai*, n° 33, an XVII, et n° 35, an XVII, *Recueil, id.*, p. 51 et 54.

Mais on ne tarda pas à comprendre que le principe de liberté absolue en matière de divorce est un non-sens et en même temps un fléau pour le mariage si on l'applique tel qu'il est dit.

La Cour supérieure du Kiang-si observa depuis lors, que les instances de divorce augmentaient de jour en jour. Si le tribunal prononce le divorce sur la simple demande d'un des époux, sans regarder ni le fait, ni la cause, non seulement ceux-ci n'auront aucune protection en droit, mais encore de véritables catastrophes, tant physiques que morales, surgiront dans tout le pays. De sorte que ce principe, avant de produire quelque chose de bon, si tant est qu'il le puisse, ne manquera pas de faire subir au pays tout une série de malheurs, car par lui la famille devient quelque chose d'instable et le mariage une simple union libre. Cependant, tel n'était pas le dessein de la décision du mouvement féministe ¹.

La Cour Suprême elle-même fit observer que si l'on n'exige aucune cause légale pour le divorce, alors si le divorce est demandé par l'un des époux, le tribunal n'a plus qu'à le prononcer, sans aucune appréciation de sa part, ce qui équivaut à faire dépendre du bon vouloir d'un époux la dissolution du mariage. A quoi bon alors soumettre la cause au jugement des tribunaux (arrêt, n° 47 série *Chang*, an XVII, R.A.C.S., t. I, p. 21).

Ce qui montre que la liberté absolue en matière du divorce est un non sens. Cependant, la Cour suprême ne crut pas utile d'exiger à nouveau une cause déterminée. Elle resta fidèle au juste motif seul pour accorder le divorce. Ce terme est bien vague, mais il permit aux tribunaux de

1. Lettre jointe à la décision d'interprétation, n° 57, an XVII. *Recueil*, *id.*, t. II, p. 13.

remédier à tout ce qui se présentait de contraire au principe de l'égalité des sexes et de liberté.

C'est ainsi qu'en matière de cause, l'adultère du mari fut considéré avec la même signification que celui de la femme, c'est-à-dire sans être subordonné à une condamnation quelconque ¹.

L'abandon doit être aussi considéré comme une cause commune de divorce ; le mari ne doit pas seul secourir sa femme, celle-ci a les mêmes devoirs envers lui ².

En matière d'effets du divorce, deux conséquences nouvelles sont tirées du principe d'égalité : 1^o la femme peut être aussi condamnée à des dommages-intérêts si le divorce est contre elle ³ ; 2^o la reprise de la dot de la femme peut être empêchée si le tribunal décide que le mari peut la garder comme une dation en paiement ⁴. Ces deux conséquences n'existaient pas jusque-là, puisqu'auparavant quoique la cause eut été attribuée à la femme, elle ne reprenait pas moins sa dot.

En somme, il est incontestable que la répudiation et le divorce obligatoire doivent être considérés comme contraires aux principes d'égalité et de liberté.

Si nous voyons maintenant comment la Cour suprême arrive à ce résultat, nous constatons qu'elle ne craignît pas de changer le sens du principe de liberté absolue en une signification saine, partant moins dangereuse.

Pour donner une signification plausible à cette expression, la Cour tourna la difficulté en disant que par liberté

1. Décision d'interprétation, n^o 104, série Yuan, an XVIII (1929), R.I.Y.J., t. III, p. 10.

2. Arrêt n^o 914, série Chang, an XVII, R.A.C.S., t. III, p. 60.

3. Décision d'interprétation, n^o 145, série Kiai, an XVII, R.I.C.S., t. III, p. 75.

4. Arrêt, n^o 708, série Chang, an XVII, R.A.C.S., t. III, p. 11.

absolue, on entend la liberté pour chacune des deux parties de demander le divorce sans qu'un tiers ait à s'en mêler. Elle ne veut donc point dire qu'une des parties peut librement divorcer à son gré, sans prendre en considération le point de vue de son conjoint ¹.

Cette façon d'interpréter ici n'est d'ailleurs pas du mérite de la Cour suprême de Nankin. Elle appartient au Ministère de Justice du gouvernement provisoire de Han K'ou qui l'inséra dans une ordonnance d'interprétation du 7 juin, an XVI, antérieure à la décision de la Cour. Après avoir déclaré que la liberté ne figurait là que pour exclure l'intervention des tiers, il eut soin d'ajouter que cette clause ne considérerait que les majeurs, car les mineurs ne peuvent agir sans tiers, tels que leurs parents. Il ajouta encore que sans aucun doute l'un des époux ne pouvait dissoudre, par sa volonté unilatérale le mariage qui est un lien bilatéral et qu'à l'égard des faits et des motifs de la demande, le tribunal possède toujours un pouvoir d'appréciation ².

Somme toute, le principe de liberté absolue, en matière de formation et de dissolution du mariage qui semble au premier abord, devoir aboutir à rendre le mariage une union libre ne fait qu'autoriser les tribunaux à juger librement en bannissant tout ce qu'il y a d'injuste dans le divorce, comme la répudiation, le divorce forcé, etc. Le divorce pour causes déterminées reste, puisque le juste motif n'est au fond autre chose que la cause. Il en est de même pour le divorce par consentement.

Voilà donc que déjà le futur Code civil est, non seule-

1. Arrêt, n° 10, série *Chang*, an XVII, R.A.C.S., t. I, p. 5.

2. Décision d'interprétation, n° 57, série *Kiai*, an XVII, R.I.C.S., t. II, p. 12.

ment préparé, mais mis en pratique par une jurisprudence anticipée. C'est ainsi que les deux derniers livres du Code civil concernant la famille et la succession que l'on regardait auparavant comme trop nouveau et trop loin de la réalité, sont mis en vigueur. Cela est vrai surtout pour la partie qui nous intéresse, c'est-à-dire pour le divorce, puisque là vraiment le Code ne fait que traduire en articles, les points déjà acquis en Jurisprudence.

DEUXIÈME PARTIE

LE DIVORCE D'APRÈS LE CODE CIVIL

Le passage du Code civil qui parle du divorce appartient au paragraphe 5 du chapitre II du livre IV (intitulé : *Loi sur la famille*). Ce paragraphe contient en tout dix articles (de l'article 1049 à l'article 1058 inclusivement).

Notre Code n'admet plus que le divorce par consentement mutuel et le divorce pour causes déterminées. Comme ce qui s'était déjà produit en pratique, le divorce obligatoire et à plus forte raison la répudiation furent abolis par la loi. Notre législateur n'admet pas non plus la séparation de corps qui n'a d'ailleurs existé qu'en fait.

On n'ignore pas que la loi garde un silence volontaire sur le concubinage dont l'existence ne peut cependant pas être contestée. Grâce à la jurisprudence, il est soumis à un régime différent du divorce.

Nous divisons donc cette partie de la façon suivante :

Le chapitre I^{er} traite du divorce pour causes déterminées.

Le chapitre II traite du divorce par consentement mutuel.

Le chapitre III s'occupe du divorce spécial de concubinage.

Enfin le IV^e chapitre sera consacré aux effets du divorce commun à tous ces trois régimes avec seulement quelques légères différences.

CHAPITRE PREMIER

LE DIVORCE POUR CAUSES DÉTERMINÉES

On définit le divorce pour causes déterminées par la dissolution du mariage à la suite d'une décision judiciaire rendue à la requête de l'un des époux, lorsque l'autre n'y consent pas, pour une des causes déterminées par la loi.

Précisons l'expression « à la requête de l'un des époux lorsque l'autre n'y consent pas ». Cela veut dire 1^o que c'est bien une dissolution du mariage du vivant de deux époux ; 2^o que si l'un des époux demande le divorce et que l'autre y consent, le recours à la justice n'est plus nécessaire. C'est tout simplement un divorce par consentement mutuel.

D'après la définition, ce divorce est nécessairement prononcé par le Tribunal d'après l'une des causes déterminées. Nous allons étudier ces deux conditions dans deux sections séparées :

Section I. Les causes du divorce ;

Section II. La procédure du divorce.

SECTION I. — Les causes du divorce.

Système général du Code Civil. — Le Code civil est dominé par les idées du projet de 1928 établi sur la base des trois principes suivants :

a) Reconnaissance de l'égalité entre l'homme et la femme.

b) Protection de la santé de la race ;

c) Encouragement à l'entr'aide des parents et suppression de la mentalité parasite engendrée par l'organisation familiale actuelle.

Aussi la conception du divorce du Code civil est-elle guidée par ces trois principes.

Du principe de l'égalité découle la communauté des causes de divorce entre les deux époux sans aucunement favoriser l'un ou l'autre.

Du principe de la protection de la santé de la race, nos législateurs adoptent la conception du divorce-remède à côté de celle du divorce-sanction.

Avec le principe de l'entr'aide des parents, l'impossibilité de la vie en commun peut être une cause de divorce.

Nous pouvons donc classer les causes du divorce indiquées par le Code civil en trois catégories, selon le but poursuivi.

Première catégorie. — Dans le but de sanctionner une violation des devoirs matrimoniaux, il y a sept causes de divorce savoir : a) la bigamie ; b) l'adultère ; c) sévices entraînant l'impossibilité de la cohabitation ; d) l'abandon malicieux ; e) l'attentat à la vie ; f) l'absence pendant plus de trois ans ; g) la condamnation de trois années de prison ou d'emprisonnement pour un crime malhonnête.

Deuxième Catégorie. — Dans le but de garder le bon ordre dans la famille, il y a deux causes : l'impossibilité de la vie en commun à la suite du mauvais traitement des beaux-parents envers la belle-fille ou inversement.

Troisième Catégorie. — Dans le but social de protéger la santé de la race, on édicte deux causes de divorce, savoir : la mauvaise maladie incurable, l'aliénation mentale incurable.

Chacune de ces causes de divorce admises par la loi mérite un examen détaillé.

Première cause : LA BIGAMIE. — La bigamie est toujours interdite par notre loi, le second mariage contracté sans que la première union ait été dissoute est nul. Mais nos anciens codes ne la considéraient pas comme une cause de divorce, du moins quand elle était la faute du mari. Pour la femme, celui-ci pouvait la vendre à son gré, lorsqu'elle contractait un second mariage à la suite d'une fuite (loi principale 3, chap. XVI, liv. X et son commentaire officiel dans le Code des Ts'ing, le P. Boulais, p. 300).

Elle n'est expressément considérée comme une cause de divorce que par la jurisprudence de la République et cela sous l'influence du 1^{er} projet du Code civil. L'arrêt n° 1124, série *Chang*, an IX (1920), dit notamment : « D'après les principes généraux du droit, l'un des premiers conjoints peut demander le divorce, lorsque l'autre contracte un second mariage » (*Kouo Wei A.* p. 238).

Mais il faut attendre la promulgation du Code civil pour trouver un texte de loi comptant la bigamie parmi les causes légales de divorce. L'article 1052 est ainsi conçu : « L'un des conjoints ne peut demander le divorce que pour les causes suivantes : 1^o lorsque l'autre conjoint contracte un autre mariage... »

Et l'exposé des motifs, en indiquant bien qu'il y a une cause de divorce, ajoute : « La présente loi considère d'un côté la bigamie comme une cause de nullité du second

mariage (Cf. les articles 985-992 du Code civil) et de l'autre la bigamie comme cause de divorce pour l'autre conjoint du premier mariage ». Et plus loin il ajoute que c'est l'une des trois — avec l'adultère et les condamnations — causes péremptoires du divorce.

Mais quand peut-on dire qu'il y a bigamie ? Pour qu'il y ait bigamie, il faut qu'il y ait existence de deux mariages en même temps.

Ainsi, bien que les fiançailles aient une force à peu près comparable au mariage (cela fut vrai surtout dans l'ancienne loi, mais moins d'après le Code civil) le fait qu'après avoir contracté un contrat de fiançailles, on se marie avec une autre personne ne constitue pas la bigamie (en ce sens, l'arrêt n° 432, série *Chang* del'an III ¹). Et si les deux fiancés se marient malgré le premier mariage non dissout, la bigamie n'a lieu qu'au moment de la célébration du mariage et non au moment des fiançailles (en ce sens, arrêt n° 857, série *Chang*, an V ; décision d'interprétation, n° 1178 ²).

Il n'y a pas non plus mariage et par conséquent bigamie, lorsqu'il n'y a qu'un lien de concubinage. Du côté de l'homme, il n'y a pas de bigamie s'il prend une ou plusieurs concubines, lorsqu'il possède déjà une femme légitime (arrêt, n° 151, série *Fei*, an VI) ³ ou s'il possède déjà une concubine et qu'il épouse une femme légitime (Décision d'interprétation, n° 42, série *T'ong*) ⁴. Ce qu'il y a de moins justiciable encore, c'est qu'après avoir signé un contrat de fiançailles, s'il épouse une concubine avant la célébration

1. *Kouo Wei*, A., p. 212.

2. *Kouo Wei*, A., p. 507 et *Kouo Wei*, I, p. 672.

3. *Kouo Wei*, A., p. 507.

4. *Kouo Wei*, I, p. 25.

du mariage, le contrat de fiançailles ne peut pas être annulé pour cause de bigamie (décision d'interprétation n° 559, série *T'ong*, an V; arrêt, n° 766, série *Chang*, an IV), *Kouo Wei*, I, p. 310 et *Kouo Wei*, A, p. 214.)

Du côté de la femme, il en est absolument de même ; il n'y a pas bigamie lorsqu'une femme se donne comme concubine à un autre homme, alors que le premier mariage existe encore (Décision d'interprétation, n° 1021, série *T'ong*, an VIII ; *Kouo Wei*, I, p. 577 ; arrêt n° 300, série *Chang*, an IX, *Kouo Wei*, A, p. 507); bien entendu, pourtant, l'adultère subsiste toujours.

Il n'y a pas non plus bigamie, si étant concubine de quelqu'un, elle contracte un autre mariage avec un autre homme, sans que le lieu du concubinage soit rompu (décision d'interprétation, n° 20, an II et n° 1054, an VIII, *Kouo Wei*, I, p. 12 et 598).

Seulement, en Chine, si la loi permet à un homme marié de prendre des concubines, elle n'admet jamais que la femme mariée vive avec un homme autre que son mari, en concubinage. De là, le mari n'est pas coupable d'adultère malgré qu'il ait des concubines, tandis que la femme tombe sous le coup de la loi si elle a des liens hors mariage, même en concubinage avec un autre homme (Arrêt, n° 300, série *Chang*, an IX, *Kouo Wei*, A, p. 507; décision d'interprétation, n° 1071, série *T'ong*, an VIII, *Kouo Wei*, I, p. 607, et n° 1054, série *T'ong*, an VIII ; *Kouo Wei*, I, p. 598). Comme l'adultère est aussi une cause de divorce, il en résulte que si la femme a des concubins, le mariage est dissous purement pour cause d'adultère, sans qu'on puisse avoir recours au motif de bigamie. En fait, comme le concubinage, du côté de l'homme est admis par la loi, la jurisprudence a tendance de considérer la seconde

femme autre que l'épouse principale comme concubine. L'arrêt n° 1176, série *Chang*, an VIII, (*Kouo Wei*, A, p. 211) dit précisément : « Si quelqu'un épouse une seconde femme alors qu'il en a déjà une, et que la seconde femme ne renonce pas à la cohabitation ni ne demande la nullité de son mariage, elle est censée avoir accepté l'état de concubine ». La même confirmation se trouve dans un arrêt n° 1167, série *Chang*, an V (*Kouo Wei*, A. p. 217) : « La seconde femme est une concubine, si elle connaît l'existence d'une femme légitime et que son mariage a été contracté sans dissimulation de la part de l'homme ». Enfin un arrêt de l'an XII, série *Chang*, n° 1170 (*Kouo Wei*, A, p. 238) est encore plus significatif que les deux précédents. D'après cet arrêt, si une femme, en contractant un mariage, ignore le premier lien existant de son mari, dès qu'elle découvre cet état, une alternative lui est imposée : ou la nullité du mariage ou l'état de concubine. Cela prouve que si elle a connaissance du premier lien de son mari avant le mariage, elle est nécessairement concubine, car la loi ne reconnaît pas deux femmes légitimes en même temps, et nul n'est censé ignorer la loi.

Peut-être nous objectera-t-on : « Puisque l'homme peut prendre autant de concubines qu'il veut sans commettre de bigamie, il n'y a aucun intérêt pour lui de considérer la seconde épouse comme femme au lieu de concubine. A première vue, cela semble exact, mais s'il n'y a aucune différence dans la pratique, la chose se complique par le régime de succession au culte. D'après la loi, le fils unique ne peut être héritier de deux branches qu'avec le consentement des parents des deux côtés. Or, les parents ne se trouvent pas toujours d'accord sur cette institution eu égard aux difficultés innombrables qu'elle présente,

notamment la répartition des fils nés de cet héritier unique dans deux branches. Aussi la pratique imagine-t-elle un double mariage en donnant une femme à cet institué unique pour chaque branche ; de cette façon, les enfants, et surtout les garçons que lui donne chaque femme, sont des héritiers de chaque branche, évidemment les deux femmes étant considérées épouses légitimes, leurs fils ne doivent pas être pris comme enfants concubinaires. Cette mesure est contraire à la loi, mais la pratique en fait un usage courant. Un arrêt va jusqu'à dire que le double mariage ne constitue pas un cas de bigamie avant la mise en vigueur de la loi pénale provisoire, il l'est seulement à partir de cette loi (décision d'interprétation n° 42, série *T'ong*, an II, *Kouo Wei*, I, p. 25). A vrai dire, aucun texte de loi ne permet cette pratique et la bigamie est interdite de la même façon aussi bien avant qu'après la loi pénale provisoire. Sous l'empire de la jurisprudence, la bigamie est rarement prononcée, on a l'habitude de considérer le second mariage comme un concubinage, lorsque la femme de la seconde union ne demande pas la séparation. Dans ces deux mariages, celui dont le contrat de fiançailles est le premier contracté, encore que la célébration soit en second lieu, est considéré comme principal (décision d'interprétation n° 939, série *T'ong*, an VIII, *Kouo Wei*, I, p. 522).

On a vu qu'un fils unique succédant à trois branches peut épouser trois femmes, toutes considérées comme légitimes. La jurisprudence condamne cette solution, elle ne reconnaît qu'une femme légitime et les deux autres comme concubines, puisque le nombre en est illimité pour l'homme. Cela afin de ne pas avoir à prononcer la nullité de deux autres mariages pour cause de bigamie (Décision

d'interprétation, n° 1188, série *T'ong*, an IX (*Kouo Wei*, I, p. 679).

Un autre cas où la Jurisprudence se prononce pour le concubinage, c'est la vente des femmes mariées dont le premier lien n'est pas dissous. A vrai dire, la vente, dans ce cas, est un acte illicite, il ne peut donc pas y avoir mariage. « Car, dit le *Ta li yuan*, selon les principes généraux du droit, le mariage résultant d'une vente n'a pas de contrat de mariage et a lieu sans cadeaux ou présents (ce sont là deux conditions de la formation du contrat de mariage), il ne peut donc être considéré comme tel. La bigamie n'existe donc pas » (Décisions d'interprétation n° 1054, an VIII, n° 1050, an VIII ; arrêt n° 329, série *Chang*, an V (*Kouo Wei*, I, p. 595 et 598, *Kouo Wei*, A, p. 507).

Au contraire, le concubinage a fréquemment pour origine un acte d'achat. C'est pourquoi lorsque la jurisprudence veut attacher quelques effets à une union qui a pour origine la vente, elle dit que c'est un concubinage (Cf, décisions n° 1071, série *T'ong*, an VIII et n° 1054, an VIII, *Kouo Wei*, I, p. 607 et 598).

La thèse de la jurisprudence jusqu'à la promulgation du nouveau Code peut se résumer en ceci. La bigamie n'existe en principe qu'avec deux mariages contractés en même temps. De là, une union considérée comme telle nécessite deux conditions : 1° l'existence d'un contrat de mariage (ainsi la vente de femme ne donne pas lieu à un mariage, non plus un contrat de concubinage) ; 2° l'exécution du contrat de mariage légalement formée par une célébration solennelle ; ainsi un contrat de fiançailles restant inexécuté ou la célébration d'un contrat de concubinage ne met pas obstacle à un mariage à célébrer.

Le nouveau Code civil conçu dans un esprit révolutionnaire, se montre moderne à bien des égards. En matière de bigamie, rien n'est changé, bien entendu, dans la solution jurisprudentielle concernant le cas où le contrat de fiançailles antérieur non exécuté n'empêche pas la célébration d'un autre mariage. La vente des femmes est certainement interdite par la nouvelle loi, nous ne pouvons cependant dire quelles sont les conséquences de cette nullité de vente sur la situation de la femme, à défaut des arrêts et des décisions d'interprétations, étant donné que les anciennes solutions expéditives, peu rationnelles, ne conviennent plus à l'esprit nouveau. Quant au concubinage, le Code civil garde un silence volontaire sur le règlement. Malgré cela, il ne peut effacer d'un coup d'éponge, une pratique existant depuis si longtemps. Encore dans une décision récente du 25 décembre, an XX (1931), le comité de l'unification de l'interprétation des lois¹ déclare expressément que prendre une concubine n'équivaut pas à un mariage; par conséquent, la femme ne peut invoquer l'article 1052, paragraphe 1^{er}, C. c. dans une demande en divorce pour cause de bigamie (Décision n° 647, série *Yuan*, R.H.L.D., p. 80).

Ce n'est pas à dire que la Jurisprudence hésite à supprimer radicalement le concubinage et donne plein effet à cette abolition. Devant les faits, la sagesse lui commande d'agir prudemment. Ainsi le tribunal supérieur de Ho pei

1. Le « Comité d'unification de l'interprétation des lois » ou « *T'ong yi kiai sseu fa ling houei yi* » est composé du président du Yuan de justice comme président du comité, du président de la Cour suprême et de tous les présidents de Chambre de cette même cour. Depuis 1929, c'est ce comité — et non le président de la Cour suprême comme auparavant — qui a le pouvoir de donner des décisions d'interprétation. Les décisions émanant de ce comité portent le caractère *Yuan* et sont données au nom du *Yuan* (Conseil) de Justice.

(ancienne province de Tcheli) manifeste que l'existence du concubinage est contraire au principe de l'égalité des sexes devant la loi, puisque l'homme peut contracter des unions hors le mariage sans commettre de bigamie, elle demande à la jurisprudence de se prononcer dans le sens de l'abolition complète du concubinage au nom du principe émis par le Kouomintang. Pourtant le comité de l'unification de l'interprétation des lois ne va pas aussi loin. Elle dit que « si une seconde union est célébrée selon la cérémonie de l'article 982 C. c., malgré que la femme soit qualifiée de concubine, il y a là bigamie ». On sait que l'ancienne solution jurisprudentielle, devant deux mariages célébrés selon la cérémonie, considérait le second en date comme un concubinage. Donc différentes solutions entre deux temps. Bien que la Jurisprudence ne va pas jusqu'à supprimer radicalement le concubinage, elle fait déjà un grand pas vers son abolition, en prenant comme moyen la restriction autant que possible de ces unions. Cela va sans dire que le but final sera la suppression totale du concubinage.

Deuxième cause de divorce : l'ADULTÈRE. — L'adultère de la femme a toujours été une cause de divorce dans notre loi, elle fut même une cause péremptoire au temps de la répudiation, puisque la femme adultère devait être répudiée malgré qu'elle eût eu à son profit une des trois exceptions. Ce caractère péremptoire fut poussé encore plus loin sous la dynastie des Yuan. « Le divorce est prononcé d'office, lorsque l'adultère de la femme est toléré par le mari ». C'était donc là un cas de divorce obligatoire. La loi intervenait pour imposer le divorce aux époux indignes.

En matière de fiançailles, le fait d'avoir des relations

sexuelles entraînait la rupture du contrat de fiançailles, aussi bien du côté du fiancé comme celui de la fiancée ¹.

Mais même sous la République et avant la promulgation du Code civil, l'adultère de l'homme n'est pas une cause de divorce une fois le mariage célébré ². La jurisprudence a cependant par la suite changé sa manière de voir. Un arrêt de l'an XV ³ considère désormais l'adultère de l'homme comme une cause de divorce lorsque celui-ci a donné lieu à une condamnation criminelle. Et plus tard, une décision d'interprétation du *Yuan* judiciaire déclare sans hésitation, que l'adultère est une cause de divorce commune aux deux époux, sans rien ajouter comme condition à l'adultère du mari ⁴.

Le Code civil, sur ce point, n'a fait que consacrer cette jurisprudence ; en effet, l'article 1052, paragraphe 2, est ainsi conçu : « il y a cause de divorce pour l'un des conjoints lorsque l'autre se livre à des relations sexuelles avec une autre personne.

Trois remarques sont à faire d'après son commentaire :

1^o L'adultère est une cause de divorce commune aux deux époux, qu'il soit commis par le mari ou la femme.

2^o Par adultère, il faut entendre toutes relations sexuelles en dehors du mariage sans qu'il soit nécessaire de motiver une condamnation pénale.

3^o Enfin comme la bigamie et la condamnation prévue au même article 1052, l'adultère est une cause de divorce péremptoire, c'est-à-dire que le tribunal n'a point de pouvoir d'appréciation dès que le fait est établi. Toutefois,

1. *Ta Ts'ing lu li*, liv. X, chap. 1, loi principale, 3 (le P. Boulais, p. 300).

2. Arrêt, n^o 753, an VIII, *Kouo Wei*, A, p. 237.

3. Arrêt, n^o 1484, an XV. *Kouo Wei*, A, p. 239.

4. Décision d'interprétation, n^o 104, an XVIII, R.I.Y.J., t. III, p. 10.

il ne faudrait pas passer ce caractère trop loin et y voir la subsistance d'un cas de divorce obligatoire, de sorte que le divorce doit être prononcé, même lorsque l'autre époux a toléré ou provoqué l'adultère. Dans le cas prévu aux n° 1 (bigamie) et 2 (adultère) de l'article précité, dit l'article 1053 du Code civil, la partie qui a le droit de demander le divorce ne pourra plus le demander lorsqu'elle a d'abord consenti à l'acte ou lorsqu'elle l'a pardonné depuis. La loi enlève à l'époux qui a consenti ou pardonné le droit de demander le divorce, parce que, dit le commentaire de l'article, la faute ne peut plus dans ce cas, être reprochée à une seule partie. On peut remarquer ici que la solution du Code et celle de la Jurisprudence française rejetant la demande en divorce pour adultère démontré lorsque l'époux demandeur est coupable d'avoir provoqué ou favorisé la faute de son conjoint (Paris, 18 juillet 1893, D.P. 1893, 2.471; S. 1893, 2. 267) sont sur ce point conformes.

M. Capitant critique une pareille solution « Car du moment que l'union conjugale est dissoluble, déclare-t-il, nous ne voyons pas quel avantage, social ou privé, il y a à maintenir le mariage d'un mari et d'une femme vivant dans les conditions indiquées par l'arrêt précité ». « L'adultère de la femme, même provoqué par le mari, qui en tire peut-être profit, nous paraît donc, dit-il, devoir être une cause de divorce ¹ ». L'opinion de M. Capitant paraît, dans ce cas, s'accorder aux idées de divorce obligatoire de notre jurisprudence traditionnelle.

L'égalité de traitement de deux époux relativement au droit de demander le divorce est un principe adopté par

1. Colin et Capitant. *Cours élémentaire de droit civil français*, t. 1, pp. 210-211.

la législation nouvelle¹ ; cette égalité est toutefois moins réelle qu'elle ne le paraît.

Tout d'abord, au point de vue de la preuve, comme seul l'adultère de la femme est puni par le Code pénal (art. 256) le commissaire de police n'est pas obligé de déférer à la réquisition de la femme comme à celle du mari, puisque l'adultère du mari n'est pas punissable, et la police n'a aucun pouvoir de dresser acte des faits de la vie privée des individus.

Puis, tandis que dans la loi française, par exemple, l'adultère du mari entretenant une concubine dans la maison conjugale, était cause de divorce, dans le système chinois actuel, la subsistance du concubinage en marge de la loi, fait que l'adultère du mari n'est cause de divorce qu'en apparence, et chose singulière, il ne peut y avoir adultère du mari motivant une demande en divorce que lorsque le mari entretient des relations sexuelles en dehors de la famille, puisque d'après la jurisprudence, la concubine habite nécessairement la maison conjugale².

On est donc encore loin d'avoir réalisé l'égalité des sexes en cette matière avec la reconnaissance du concubinage.

Troisième cause de divorce : MAUVAIS TRAITEMENTS DE L'UN DES ÉPOUX SUR L'AUTRE, RENDANT LA VIE CONJUGALE IMPOSSIBLE.

Remarquons d'abord au début de l'étude de cette troisième cause que la mention « injures graves » accompagnant les mots « mauvais traitements » ou « sévices » dans les premiers projets du Code civil, disparue seulement de

1. Exposé des motifs de l'article 1053 du Code civil.

2. Arrêt n° 186, an VII, *Kouo Wei*, A. p. 210.

celui de 1928, n'a pas non plus été reproduite dans le texte définitif. Il résulte de cette omission que les injures graves, toujours distinguées des sévices, ne sont plus considérées comme une cause de divorce, comme elles l'étaient dans la jurisprudence sous l'influence des premiers projets.

Il semble ainsi heureux que cette cause de divorce n'ait point été adoptée car elle présente le grand défaut d'être trop élastique, en se prêtant aux extensions inopportunes de la Jurisprudence, extensions qui rendent inefficaces toutes les limites que le législateur désire apporter à cette institution. Mais le commentaire que donnent les rédacteurs de cette loi semble contredire cette opinion. L'injure grave serait comprise désormais, selon ce commentaire, nonobstant la suppression de sa mention, du texte, dans le cadre des mauvais traitements qui ne doivent, en principe, que désigner les mauvais traitements matériels. Ainsi, le commentaire cite comme exemples de mauvais traitements, non seulement les coups et voies de faits, mais aussi la contrainte à commettre l'adultère, la vente de la femme qui la livre à la prostitution, les déclarations calomnieuses de l'adultère de la femme et autres injures de cette sorte. La suppression des mots « injures graves » n'a donc plus aucune portée pratique.

Cependant, dans le sens contraire, on peut soutenir que ce commentaire n'a pas de valeur obligatoire, n'ayant même pas été publié. D'ailleurs, aussi large que soit l'interprétation que l'on peut donner aux mots « mauvais traitements », son étendue ne saurait comprendre les injures graves. Les caractères *nio* et *tai* que nous traduisons par « mauvais traitements » signifient respectivement « cruauté » et « traitements », mots correspondant à celui de « sévices » dans la loi française. De plus, qui dit

traitement veut dire acte d'une personne vis-à-vis d'une autre, et partant, les habitudes de jeu ou d'ivresse considérées par la jurisprudence française comme constituant l'injure grave et fondant une demande en divorce, ne peuvent pas, à titre de mauvais traitements, constituer une cause de divorce d'après la loi chinoise. Cette solution est d'ailleurs consacrée par la jurisprudence, relativement aux habitudes de fumer l'opium ou de s'injecter de la morphine ¹.

Il est à remarquer que le Code civil, par l'article 1052, paragraphe 3, s'appliquant aux deux époux et rendant la cause commune, a fait disparaître l'inégalité de traitement de l'ancien Code des Ts'ing. Tandis que le divorce était accordé au mari pour simples voies de fait de la femme, la femme ne pouvait demander le divorce pour voies de fait du mari que s'il lui en était résulté quelque fracture, infirmité ou blessure grave. La jurisprudence tendant toujours vers l'égalité n'a pas su, sur ce point, déroger à la loi ancienne ².

L'appréciation de la gravité des mauvais traitements rendant ou non la vie commune intolérable est laissée au pouvoir souverain des juges. Toutefois, il est admis que la vente de la femme dans une maison de prostitution ou la contrainte exercée par un époux sur l'autre en vue de lui faire commettre l'adultère, sont considérées comme mauvais traitements, capables de rendre la vie commune intolérable. Et, d'après la jurisprudence, sont aussi considérés comme tels, les faits qui, pouvant être qualifiés de mauvais

1. Arrêts n° 117, an III ; n° 1925, an IV et n° 1384, an VI. *Kouo Wei*, A, p. 212, 232 et 219.

2. Voir arrêt n° 537, an IX, et décision d'interprétation, n° 1298, an IX *Kouo Wei*, A, p. 238 ; *Kouo Wei*, I, p. 755.

traitements, sont multiples et répétés, quoique sans gravité¹.

Au contraire, sont insuffisantes les blessures légères ou accidentelles, causées au cours d'une colère ou au cours de réprimandes à la femme, à la suite d'une excitation momentanée, parce que celle-ci soigne mal les beaux-parents (Voir arrêts n° 264, an VII, et n° 700, an VIII *Kouo Wei A*, p. 236 et 237).

Il va sans dire que l'époux qui est l'auteur des sévices ne peut pas invoquer sa propre faute pour demander le divorce (Arrêt n° 809, an IX, *Kouo Wei A*, p. 238) et que l'époux qui a le droit de le demander doit en faire la preuve (Arrêt n° 47, an XVII, R.A.C.S., t. I, p. 19).

Quatrième cause de divorce. — ABANDON MALICIEUX ET CONTINU. — D'après l'exposé des motifs de l'article 1052, paragraphe 5, l'abandon est une cause déterminée de divorce parce qu'il est la violation du devoir d'assistance entre époux. En effet, sous divers régimes matrimoniaux, d'après les articles 1026, 1037, 1047 *in-fine* et 1048 du Code, les époux doivent également contribuer aux dépenses du ménage et ces articles déclarent spécialement que les femmes, contrairement aux coutumes, peuvent être tenues de payer ces dépenses. L'article 1114, n° 4, est plus clair encore ; il déclare qu'entre le chef et les membres d'une maison (il est vrai qu'il s'applique aussi à d'autres personnes que les époux) il y a devoir réciproque d'assistance et d'entretien. Mais l'abandon semble encore la violation d'un devoir plus essentiel, celui de cohabitation, comme l'indique l'exposé des motifs du projet de 1909. Il faut remarquer que d'après le nouveau commentaire,

1. Arrêt, n° 18, an VI, *Kouo Wei, A*, p. 234.

l'éloignement n'est pas nécessaire ; ainsi, il cite comme exemple d'abandon le fait par la femme de se désintéresser complètement de son mari malade au lit, en ne lui apportant aucun soin. Le simple éloignement ne constituait même point l'abandon, au temps où l'absence du mari pendant plus de trois ans permettait à la femme de demander l'autorisation de se remarier, cette autorisation ne devait pas être accordée si le mari immigré subvenait ou faisait subvenir aux besoins de sa femme.

L'abandon comporte donc un délaissement dont l'appréciation est laissée à la souveraineté du juge. La loi le précise en le subordonnant à deux conditions. Il faut qu'il soit malicieux et persistant.

1^o Il faut d'abord que l'abandon soit malicieux. C'est l'idée de faute qui domine ; sans faute, l'abandon de fait ne peut servir de cause au divorce. Ainsi, il n'y a pas abandon quand le mari ne subvient pas aux frais de nourriture de sa femme, non point parce qu'il la délaisse, mais parce qu'il en est matériellement empêché (Arrêt n^o 359, an VIII, *Kouo Wei A*, p. 236) ; de même si les deux époux ont également besoin d'être entretenus et que ni l'un ni l'autre n'en soient capables (Arrêt n^o 914, an XVII, R.A.C.S., t. III, p. 59). L'article 1118 déclare expressément que l'obligation d'entretenir une autre personne disparaît lorsqu'on ne peut plus pourvoir à sa propre existence.

2^o De plus, il faut que l'abandon malicieux soit à l'état persistant. Ainsi le juge pourra se convaincre que l'abandon provient d'une obstination vraiment raisonnée. D'autres législations ont sur ce point établi des délais fixes ; la nôtre se contente de la continuité de l'abandon et laisse plus d'arbitraire au juge, mais elle a aussi le mérite de ne pas

voir dans l'abandon une cause de divorce péremptoire comme ailleurs. Il n'y a pas abandon persistant lorsque l'époux en faute revient à la vie conjugale normale (voir exposé des motifs) ou lorsqu'un époux néglige son conjoint malade par suite de mauvaise humeur au cours d'une colère (Arrêt n° 10, an XVII, R.A.C.S., t. I, p. 5).

On peut seulement se demander s'il est nécessaire, lorsque l'abandon est constaté, de procéder à une sommation privée ou par voie publique antérieure pour donner droit à une instance en divorce.

Remarquons encore que la femme comme le mari peut subir le reproche d'abandon ; cette solution fut d'ailleurs adoptée par la Jurisprudence.

Cinquième cause du divorce : ATTENTAT A LA VIE DU CONJOINT. — Les sévices étant causes de divorce, à plus forte raison, la loi accorde le droit de demander le divorce à l'époux dont le conjoint forme des desseins contre sa vie (Art. 1052, n° 6). Les époux se lient par l'affection, dit l'exposé des motifs ; si l'un d'eux a la cruauté de concevoir le dessein d'attenter à la vie de l'autre, l'union où règne une telle animosité ne saurait durer plus longtemps.

On peut toutefois se demander si le dessein d'attentat à la vie du conjoint n'était pas compris dans les sévices qu'il dépasse ici par la gravité. L'exposé des motifs du projet de 1909 croit que cette distinction utile en matière pénale, est superflue en matière civile, du moment que l'on admet les sévices parmi les causes de divorce, à plus forte raison doit-on l'admettre pour les desseins d'attentat à la vie. « La loi désigne par excès et sévices, dit M. Planiol, tous les mauvais traitements matériels, depuis les simples

coups ou voies de fait jusqu'à la tentative de meurtre...¹ » Encore si l'on classait les sévices parmi les causes de divorce relatives et le dessein d'attentat à la vie parmi les causes absolues on comprendrait la distinction, mais il n'en est rien d'après l'exposé des motifs. On ne peut donc que voir là une erreur.

Par dessein contre la vie du conjoint, la loi entend, dit l'exposé des motifs, qu'il suffit qu'il y ait l'intention de meurtre sans qu'une perpétration effective soit nécessaire. De simples actes préparatoires ou une tentative au sens large du mot, avec des moyens inopérants peuvent suffire ; peu importe que l'acte tombe ou non sous le coup de la loi pénale. En effet, les actes préparatoires d'homicide punis sous l'empire du Code pénal provisoire (art. 328) ne le sont plus d'après le Code pénal en vigueur qui punit seulement la tentative d'homicide (art. 282).

Les époux sont ici encore mis sur un pied d'égalité. L'attentat contre la vie du mari était un cas de divorce obligatoire d'après les codes des Ts'ing et des Ming, et la peine capitale était infligée à la femme ; au contraire, le mari qui tue, à force de coups, sa femme principale ou secondaire coupable, n'était puni que de 100 coups de bâton².

Les causes que nous avons étudiées ci-dessus relèvent du principe de divorce-sanction, autrement dit, il faut qu'il y ait faute de la part de l'époux défendeur. Nous allons ci-après poursuivre l'étude de deux autres causes de divorce où il n'est pas nécessaire qu'il y ait faute de la part d'un époux, ou plus précisément, s'il y a prémédi-

1. Planiol et Ripert. *Traité élémentaire de droit civil*, t. I, n° 1163.

2. Le P. Boulais. *Manuel du Code chinois*, p. 544, n° 1224 et p. 569, n° 1298.

tation de faute, cependant cette faute n'a pu atteindre directement le conjoint. Ce sont : 1^o l'absence pendant plus de trois ans; 2^o la condamnation à une peine d'emprisonnement de plus de trois ans, ou la condamnation à l'emprisonnement pour un délit déshonorant.

Sixième cause de divorce : ABSENCE PENDANT PLUS DE TROIS ANS. — Chacun des époux peut demander le divorce lorsque l'existence de son conjoint a été incertaine pendant plus de trois ans (art. 1052, n^o 9). Nous avons vu dans notre première partie que cette cause existait dans l'ancienne loi sous le nom de « fuite » seulement, tandis que la fuite de la femme était cause du divorce au gré du mari, l'absence de celui-ci doit être de plus de trois ans pour qu'il soit permis à la femme de passer en secondes noces et elle devait pour cela, en demander l'autorisation au mandarin, sans laquelle autorisation elle était punie d'adultère ; son lien avec le premier mari n'était alors point rompu.

A cette règle, la jurisprudence moderne fournit des solutions presque opposées. Pour que la fuite de la femme entraîne la dissolution du mariage, la nouvelle jurisprudence exige qu'il y ait véritablement fuite, sans aucun esprit de retour ; ne peut être considéré comme fuite le fait pour la femme de se rendre à quelque endroit sans avertir son mari (Arrêt n^o 598, an V ; *Kouo Wei A*, p. 233) ou d'être en fuite pour une raison quelconque, mais non la volonté d'abandonner son mari (Arrêt, n^o 810, an XI ; *Kouo Wei A*, p. 238). Puis, tandis que la loi laissait au gré du mari la dissolution de son mariage, la jurisprudence y voit simplement une cause de divorce nécessitant donc l'intervention de la justice. L'arrêt n^o 166, an VIII (*Kouo Wei A*, p. 236) insinue que le mari d'une femme en fuite,

qui s'est remariée de sa propre autorité, peut « demander le divorce » en invoquant cette raison. Par contre, la nécessité pour la femme de s'adresser à une autorité officielle pour pouvoir se remarier est considérée par la jurisprudence comme une démarche ne servant qu'à faire constater l'absence du mari et sa durée ; donc l'omission de cette démarche ne saurait invalider le second mariage (Arrêt n° 1167, an III, *Kouo Wei A*, p. 231).

On voit donc la différence entre les conditions de la fuite du mari et celles de la fuite de la femme, donnant lieu à la dissolution du mariage. La fuite du mari doit être de trois ans au moins ; aucune limite n'est prévue pour la femme. Cela pourtant aurait eu sa raison d'être. Tandis que le mari peut avoir maintes raisons valables pour s'éloigner de sa famille, — le Commentaire du Code des Ts'ing cite plusieurs exemples, tels celui de faire du commerce, de passer des examens dans le chef-lieu de la province ou dans la capitale, — la femme était, de par ses obligations, destinée à garder la maison. Le nouveau Code civil, en vue de traiter les époux sur un pied d'égalité, a aboli cette différence et prescrit l'absence de plus de trois ans comme cause de divorce commune aux deux époux. Il semble par ailleurs, qu'il ait éclairci les cas en instituant à côté de l'absence une autre cause de divorce, par simple abandon malicieux et persistant, qui n'exige aucune durée.

L'absence de plus de trois ans comporte, bien entendu, le défaut d'aucune nouvelle pendant cette durée (Arrêts n° 329, an III, et n° 1381, an VII, *Kouo Wei A*, p. 230 et 236). Donc, cette période de trois ans part de l'envoi de la dernière nouvelle de l'absent. Si l'époux absent revient avant que le jugement soit prononcé, la demande

en divorce ne peut être accordée pour son absence antérieure (voir arrêt n^o 238, an X, *Kouo Wei A*, p. 238).

Remarquons enfin que la demande de divorce peut être rendue inutile pour cause d'absence, lorsque l'époux sans nouvelles depuis trois ans a disparu dans un cas de danger grave, auquel cas son conjoint peut demander une déclaration de décès entraînant par elle-même dissolution du mariage (Art. 8 du Code civil).

Nous laissons l'étude de la procédure sur cette question au chapitre qui lui est consacré.

Septième cause du divorce : CONDAMNATION A PLUS DE TROIS ANS D'EMPRISONNEMENT OU CONDAMNATION A L'EMPRISONNEMENT POUR DÉLIT DÉSHONORANT. — C'est le n^o 10 et dernier de l'article 1052 du Code civil qui prévoit cette cause de divorce.

Il n'en a pas toujours été ainsi. D'après M. Tchen Chou-tai ¹ une coutume datant des Han et que l'on retrouve sous les Wei et les Tchen, permet à la femme d'un criminel qui n'a pas de fils, d'entrer dans la prison pour cohabiter avec lui. La cohabitation, même dans la prison, montre bien que la condamnation ne donnait pas lieu au divorce.

D'après le Code des T'ang, les femmes et concubines d'un exilé doivent le suivre dans l'exil, et ce qu'il y a de plus fort, non seulement l'exil ne peut être une cause de divorce, mais encore il forme empêchement à la répudiation ; le législateur craignait dans ce cas qu'elle ne fût imaginée que pour leur épargner l'ennui d'accompagner l'exilé ². La raison de cette mesure est donnée dans le commentaire

1. Tchen Chou-tai : *Kieou tch'ao lu k'ao* (Recherches sur les lois des 9 dynasties), t. I, liv. IV, p. 36.

2. *Code des T'ang*, liv III, loi 6, alin. 2.

du Code des T'ang. Ce n'est pas que la femme du criminel soit punissable d'exil, mais la loi lui ordonne d'accompagner son mari, afin que celui-ci, entouré de sa femme, puisse rester tranquillement en exil¹.

Si la condamnation n'était pas admise par la loi comme cause de divorce, pourtant on vit des cas où le divorce fut exceptionnellement accordé. En général, la femme, en pareille situation, se condamne à vivre seule, fidèle au mari et au précepte de monogamie, par lequel elle ne doit épouser qu'un seul homme, durant toute sa vie, mais les parents en formaient la demande pour elle.

Sous l'empire du Code des Ts'ing, la loi déclare expressément que les délits d'impudicité et de vol sont des causes de rupture de fiançailles (liv. X, chap. 1, loi 3). Mais la condamnation n'était pas une cause particulière de divorce.

La jurisprudence sous la République reste fidèle à cette règle. Dans le cas d'un condamné à l'emprisonnement perpétuel, bien que la femme n'ait plus personne pour subvenir à ses besoins, la Cour suprême lui refuse le droit de se remarier si, dit-elle, son mari n'a pas l'intention de l'abandonner. Il est sous-entendu que le criminel peut bénéficier d'une libération conditionnelle ; faute de texte exprès, on ne peut étendre par analogie l'application de la règle permettant la rupture des fiançailles pour impudicité ou vol de la part de l'une des parties². Toutefois, en ce qui concerne les fiançailles, la jurisprudence, sur la base de cette règle et des dispositions relatives au cas où le mariage n'a pas lieu cinq ans après l'expiration de la date fixée et à la fuite du mari pendant plus de trois ans,

1. Commentaire du *Code des T'ang*, liv. III, loi VI, al. II.

2. Décision d'interprétation n° 696, an VI. *Kouo Wei*, I, p. 382. Voir aussi dans ce sens arrêt n° 753, an VIII. *Kouo Wei*, A, p. 237.

n'a pas craint de donner une large interprétation par analogie en permettant la rupture des fiançailles dans tous les cas de condamnation pour délits déshonorants semblables à l'impudicité et au vol, et aussi au cas où, l'une des parties étant condamnée à plus de trois ans d'emprisonnement il y a déjà commencement d'exécution de la peine ¹.

On ne pensait pas alors non plus à recourir à l'injure grave déjà admise comme cause de divorce, pour permettre au conjoint de l'époux condamné, de faire valoir sa demande. Et d'ailleurs la condamnation n'était pas sur la liste des causes de divorce dans les trois premiers projets. Elle figure pour la première fois dans celui de 1928 (art. 27, n° 8) sans pourtant que fut admise en même temps la condamnation pour délit déshonorant qui forme le deuxième membre du n° 10 de l'article 1052 du texte définitif. Donc, sont causes de divorce dans le Code actuel : 1° la condamnation à l'emprisonnement de plus de trois ans ; 2° la condamnation à l'emprisonnement pour délit déshonorant, il suffit même qu'il y ait condamnation à l'emprisonnement, fût-ce de la plus courte durée de deux mois (art. 49, 3° Code pénal). La raison qu'en donne l'exposé des motifs est la difficulté de rester uni à un époux entaché de mauvaise renommée pour condamnation pénale, et de plus, pour une peine d'emprisonnement de trop longue durée, le mari dont la femme est condamnée trouverait sa maison sans maîtresse, tandis que la femme privée du mari s'expose à des difficultés de subsistance.

Le caractère déshonorant d'une condamnation laisse pourtant à préciser. Faute de définition dans le Code

1. Décision d'interprétation, n° 1744, an XI, *Kouo Wei*, I, p. 1007 et 1008.

pénal, on peut ranger dans cette catégorie, tout d'abord les attentats aux mœurs prévus au chapitre xv du Code pénal, intitulé : « Infractions contre la moralité publique ». En outre, on peut encore y faire entrer les délits de vol, d'escroquerie et d'abus de confiance que l'on a l'habitude de considérer comme déshonorants. D'autres se prêteront à des doutes à défaut de critérium précis et il est désirable, sur ce point, que le Comité d'unification d'interprétation vienne au plus tôt combler cette lacune.

On peut ramener aux suivantes les conditions nécessaires pour qu'il y ait admissibilité de divorce pour ces deux chefs de condamnations :

1° Il faut qu'il s'agisse de délit déshonorant donnant lieu à une condamnation à l'emprisonnement ou de tout autre crime ou délit puni d'un emprisonnement de trois ans ou plus. Les peines d'amende, quel qu'en soit le montant, et de détention dont la durée peut atteindre deux mois, qui est la durée minimum de l'emprisonnement, ne peuvent être causes de divorce.

2° Il faut que la condamnation soit devenue définitive. Une condamnation qui laisse encore la possibilité d'être réformée par des voies légales ordinaires ne peuvent justifier une demande en divorce.

3° Il faut qu'elle n'ait pas été effacée par la réhabilitation ni par l'amnistie qui effacent tous les effets de la condamnation (Arrêt n° 9, an II, *Kouo Wei*, A, p. 452). Il en est autrement de la grâce et de la prescription qui ne dispensent le condamné que de l'exécution de sa peine.

4° Il faut qu'elle ait été prononcée pendant le mariage. L'article 1052, n° 10, parle de la condamnation d'un des époux.

Notons enfin que, d'après l'exposé des motifs cette cause est une cause péremptoire du divorce.

Huitième cause de divorce : MAUVAIS TRAITEMENTS DE LA FEMME A L'ÉGARD DES PARENTS SUPÉRIEURS EN LIGNE DIRECTE DU MARI RENDANT LA VIE COMMUNE INTOLÉRABLE ET VICE VERSA. — Nous entrons ici dans une cause de divorce qui a sa raison d'être dans la protection de la grande famille et est une survivance d'un des sept cas de répudiation de l'ancienne législation.

On sait qu'en Chine, les jeunes époux ne quittent pas leur famille pour s'installer chez eux, à la différence de ce qui se passe en Occident ; ils restent chez les parents du jeune homme et exceptionnellement, s'en vont vivre chez les parents de la femme au cas du gendre appelé *tchouei fou*¹. La séparation d'habitation était considérée par les mœurs comme portant atteinte à la piété filiale et elle était même défendue par le Code des Ts'ing (liv. V, chap. XIII). La bru qui manque de soins envers les beaux-parents était sujette à répudiation, et d'un autre côté, les excès commis par les beaux-parents sur la personne de la bru, étaient une cause de divorce obligatoire, s'il en résultait quelque infirmité. Les trois premiers projets du Code sont restés fidèles à cette loi, sauf qu'ils ont aboli la condition de l'infirmité pour la bru ; ils ont adopté, comme également causes de divorce les mauvais traitements de la bru envers ses beaux-parents et réciproquement. Le quatrième et dernier projet qui restait dans une bonne logique ne considérait plus la cohabitation avec les parents après le mariage comme une obligation ; il supprime donc ces

1. Le *tchouei fou* et l'époux qui, en se mariant, entre dans la famille de sa femme, généralement lorsque ses beaux-parents privés de fils (ou de fils adulte) n'ont pas d'enfant mâle pour leur servir d'appui.

deux causes de divorce. Mais la rédaction définitive les fit réapparaître sous le n° 4 de l'article 1052.

Cette réapparition nous semble fort critiquable, étant donné que la défense de séparation d'avec les parents pendant la vie de ceux-ci, est aujourd'hui supprimée. En effet, l'article 1127 porte que « le membre de la maison qui a atteint sa majorité et qui s'est marié mineur, peut demander à être séparé de la maison » et l'article 1128 ajoute que « le chef de la maison peut ordonner qu'un membre majeur ou mineur marié soit séparé de la maison, à condition qu'il invoque de justes motifs ». La séparation d'habitation pouvant mettre fin à toute discorde entre les parents et la belle-fille, on peut se demander alors pourquoi on n'y recourut pas plutôt de préférence à permettre le divorce à la femme quand elle est maltraitée par les beaux-parents et au mari quand ce sont les parents qui sont maltraités par leur bru ? On ne peut expliquer cette lacune qu'au point de vue pratique ; le législateur s'est peut-être à juste titre soucié du maintien des anciennes traditions ancrées dans la famille chinoise en retenant ces causes de divorce, nonobstant la faculté de la séparation d'habitation.

Voici quelques précisions relatives aux mauvais traitements :

1° Il n'est plus nécessaire que les mauvais traitements des beaux-parents envers la bru infligent quelque fracture ou blessure grave pour justifier une demande en divorce. Notons encore que la jurisprudence est toujours restée fidèle à l'ancienne législation (Décision d'interpr., n° 813, an VII, *Kouo Wei*, I, p. 449 et arrêts nos 378, an IV et 18, an VI, *Kouo Wei*, A, p. 232 et 234).

2° Envers les beaux-parents, les simples actes de manquement au respect ne doivent plus être cause de divorce ;

3° L'injure grave considérée comme cause de divorce par la Jurisprudence (Décision d'interpr., n° 1134, an VIII, *Kouo Wei*, I, p. 644). ne doit plus l'être, puisque l'on doit s'en tenir, pour qu'il y ait mauvais traitement aux atteintes matérielles au corps ou à la santé d'une personne.

4° Enfin, l'attentat à la vie considéré comme cause de divorce dans les rapports des époux doit être ici compris dans les mauvais traitements.

Une dernière remarque s'impose pour le cas où le mari maltraite les parents de la femme ou est maltraité par eux. N'y a-t-il pas perte d'égalité si le divorce n'est pas aussi permis dans un pareil cas ? On peut soutenir qu'en général, les époux habitent chez les parents du mari, mais il ne faut point oublier qu'il y a le gendre appelé dont l'institution est conservée par la loi.

Avant le Code civil, un commentaire du Code des Ts'ing prétend que le gendre appelé, chassé par les beaux-parents pour marier leur fille à un autre homme, peut demander le divorce s'il ne veut pas reprendre la femme ¹. Et d'un autre côté, la jurisprudence décida que le fait pour un gendre de maltraiter les beaux-parents ou de proférer des injures graves envers eux, devait être considéré comme un cas de rupture de lien conjugal et devenait une cause de divorce (Arrêt, n° 150, an VII, *Kouo Wei*, A, p. 236).

Mais comme en matière de divorce pour causes déterminées, l'interprétation doit être restrictive, on ne saurait admettre avec la loi en vigueur, l'inverse du cas prévu au n° 4 de l'article 1052. Ici encore, une lacune reste à être comblée par voie de décision d'interprétation. sinon par une loi proprement dite. Mais cette extension n'est pas

1. Liv. X, chap. iv, Comm. officiel, n° 4.

désirable. La disposition de l'ancien Code était supérieure à la nouvelle. Quand nous disions que le gendre appelé chassé de la famille des beaux-parents pouvait demander le divorce selon un commentaire officiel, la loi elle-même punit, dans ce cas les beaux-parents et ordonne que le gendre et leur fille soient réunis et se séparent désormais d'habitation avec eux. Le commentaire qui suit la loi dit que le lien entre les beaux-parents et le gendre appelé peut être rompu dès que ceux-là chassent le dernier, mais l'affection des époux reste intacte. Ne serait-il donc pas mieux d'adopter cette solution et de l'étendre au cas de discorde entre beaux-parents et belle-fille ? Telle nous semble la solution la plus heureuse à tous points de vue.

Neuvième et dixième cause de divorce : MAUVAISE MALADIE INCURABLE, ET MALADIE MENTALE GRAVE ET INCURABLE. — Enfin une dernière catégorie de causes de divorce admises dans l'intérêt supérieur de la protection de la santé de la race ; il s'agit : 1^o de la maladie répugnante et incurable ; 2^o de la maladie mentale grave et incurable, toutes deux prévues respectivement aux numéros 7 et 8 de l'article 1052.

Les maladies telles que la syphilis ou autres maladies dangereuses, sont causes de divorce, parce que, non seulement, dit l'exposé des motifs, elles mettent obstacle au but du mariage, mais encore compromettent la santé de l'époux bien portant et des enfants. Ainsi elles sont admises comme cause du divorce de façon à éviter l'occasion de relations sexuelles entre ceux qui en sont frappés ; quant aux maladies mentales, l'intérêt individuel et l'avenir de la race sont en jeu.

L'admission de ces deux nouvelles causes de divorce

est l'œuvre originale du projet de 1928. La mauvaise maladie de la femme était autrefois cause de répudiation, mais celle du mari n'était point prise en considération ; la femme atteinte de mauvaise maladie pouvait être répudiée pour cette raison seulement qu'elle ne pourrait plus participer aux sacrifices et au culte ancestral. Le nouveau Code en a fait une cause de divorce, c'est-à-dire désormais commune aux deux époux ; en cela, elle a poursuivi un but nouveau, qui est celui de protéger la santé de la race, idée très répandue aujourd'hui, qui va jusqu'à empêcher le mariage de quiconque est atteint de semblable maladie.

Le législateur n'est pas allé au point d'en faire des causes d'empêchement au mariage. Il laisse aux parties le soin de s'en écarter en permettant d'abord la rupture du contrat de fiançailles (art. 976, nos 4 et 5 du Code civil) et deuxièmement, la dissolution du mariage pour ces deux causes.

La Jurisprudence antérieure admettait selon les lois anciennes la rupture de fiançailles pour cause de mauvaise maladie et même alors que le Code des Ts'ing ne tenait compte que de maladie contractée avant la conclusion des fiançailles, alors que l'on a négligé d'avertir le futur conjoint, elle ordonna que la mauvaise maladie contractée après la conclusion des fiançailles pouvait aussi donner lieu à la rupture des fiançailles (Arrêt n° 2357, an IV, *Kouo Wei A*, p. 216).

Mais le divorce n'était pas accordé lorsque la maladie a pris naissance après le mariage (Décision d'interprétation, n° 1424, an IX, *Kouo Wei*, I, p. 837). Et par la teneur de cette décision « la mauvaise maladie contractée après le mariage n'est pas cause de la dissolution du mariage », il semble que le *Ta li yuan* avait déjà implicitement sup-

primé ce cas de répudiation pour mauvaise maladie de la femme. Il n'existe d'ailleurs aucune décision donnant lieu à l'application de cette cause de répudiation.

Ceci dit, passons à l'analyse des textes relatifs à ces deux nouvelles causes de divorce.

Qu'entend-on d'abord par mauvaise maladie ? Dans une réponse que le *Ta li yuan* a adressé à la Cour supérieure de Kouang-si, sur l'interprétation du mot « maladies à propos de la faculté de rupture de fiançailles », rentre dans les maladies visées par la loi, toute maladie qui, d'après la science médicale actuelle, n'est pas facilement curable ou constitue un obstacle à la vie, étant généralement considérée comme répugnante. Ces maladies ne comportent donc pas seulement la syphilis et la tuberculose citées par la Cour supérieure de Kouang-si; elles doivent être interprétées dans un sens beaucoup plus large (Décision d'interpr. n° 312, an IV, *Kouo Wei*, I, p. 193-194).

Toutefois, cette façon d'interpréter ne saurait être adoptée en notre matière, qui devrait être guidée uniquement par le souci de la santé de la race; cela semble d'ailleurs résulter du rapprochement des articles 1052 et 976. Ce dernier, dans ses n°s 4 et 5 cite respectivement, comme causes de rupture de fiançailles, les maladies graves et incurables, mais ordinaires, et les maladies vénériennes ou autres mauvaises maladies. C'est à ces dernières que correspondent celles visées au n° 8 de l'article 1052 dont l'exposé des motifs indique à titre d'exemples de maladies mauvaises graves et incurables les maladies vénériennes et autres maladies mauvaises.

Cette distinction, à notre avis, a son importance. Le législateur admet les maladies ordinaires incurables parmi les causes de rupture des fiançailles, car il a tendance à

faciliter la déformation de celles-ci, mais il ne peut en être ainsi quand il y a mariage. Cela s'explique très bien par le devoir d'assistance découlant du mariage, mais faisant défaut entre fiancés. Si au nom de la protection de la race, on peut écarter le devoir d'assistance entre époux et considérer les maladies graves et incurables, mais ordinaires comme cause de divorce, on ne peut, au nom de la simple répugnance, permettre d'abandonner un époux frappé d'une telle maladie qui n'a rien de dangereux, ni pour son conjoint, ni pour ses descendants autrement que resterait-il du devoir de solidarité et d'assistance mutuelle ?

L'on peut toutefois craindre que le mot « mauvaise maladie », comme il en est susceptible, ne se prête à une extension contraire à l'esprit de la loi ; il est donc souhaitable qu'une décision d'interprétation vienne écarter la divergence des juges.

Le projet avait, tout d'abord, prévu la mauvaise maladie rendant la cohabitation impossible. Cette impossibilité disparut du texte définitif pour donner lieu au caractère d'ineurabilité. Cette substitution montre une fois de plus que le caractère répugnant ne suffit pas à constituer une cause de divorce.

Quant aux maladies mentales, elles n'ont pas encore, dit l'exposé des motifs, de critérium bien défini dans la science médicale actuelle. Aussi la loi exige-t-elle comme conditions la gravité et l'ineurabilité. Pour la première, l'exposé des motifs n'admet pas par exemple, une perte de l'état normal, passagère ou partielle, dont l'aspect est assez fréquent chez les malades. Quant à l'ineurabilité des mauvaises maladies et des maladies mentales, il peut être facile de refuser une demande en invoquant les diffi-

cultés de diagnostic ; d'autre part, que ne peut-on attendre des soins de la médecine et des découvertes du lendemain ? Il est certain sur ce point que la jurisprudence continuera son ancienne interprétation en limitant l'incurabilité à l'état actuel de la science médicale (Décision d'interpr., n° 312, an IV, *Kouo Wei*, I, p. 194 et arrêt n° 1223, an IV, *Kouo Wei*, A, p. 214).

Nous en avons fini avec les causes de divorce limitativement énumérées par l'article 1052 du Code civil. Cependant quelques cas restent intéressants à étudier, soit qu'ils aient été considérés autrefois comme causes de divorce, soit qu'on les invoque à tort dans la pratique. Ce sont :

1° *L'impuissance*. — On distingue généralement l'impuissance proprement dite et la stérilité. La femme peut être aussi atteinte d'une véritable impuissance, ainsi qu'on le constate dans quelques cas de jurisprudence ; elle est dans ce cas appelée vulgairement fille en roche « *ssou nin* » et est incapable de remplir le devoir conjugal ¹.

L'impuissance de l'homme provenant d'une cause antérieure à la célébration du mariage et l'impuissance de la femme nécessairement innée à sa constitution, sont causes non de divorce, mais de nullité du mariage. Ainsi, l'article 995 dit : « Lorsque l'une des parties est incapable d'avoir des relations conjugales au moment du mariage et que cette impuissance est incurable, l'autre partie peut demander au tribunal l'annulation du mariage... ».

Il en était ainsi déjà d'après le Code des Ts'ing ; la jurisprudence a décidé dans ce sens en interprétant l'impuissance comme une infirmité capable d'entraîner la

1. Décision d'interprétation, n° 1208, série *T'ong*, an IX (1920), *Kouo Wei*, I, p. 693.

rupture du mariage (Décision d'interprétation, n° 232, an IV, *Kouo Wei*, I, p. 152).

Quant à la stérilité de la femme, elle était une cause de répudiation, alors même qu'elle eut des filles. Elle n'est pas plus aujourd'hui cause de divorce que cause de répudiation. C'est ainsi que l'article 995 in fine déclare : « ...cette annulation (pour cause d'impuissance) ne peut plus être demandée lorsque trois ans se sont écoulés à partir du moment où la partie a eu connaissance de l'incurabilité », sans compter qu'elle ne figure pas dans la liste limitative de l'article 1052. Il est clair, d'après ce cas, que la stérilité née au cours du mariage ne peut rompre le mariage. Elle est d'autant moins grave aujourd'hui que la nécessité d'avoir des héritiers pour le traditionnel culte des ancêtres n'a plus de raison d'être. Mais n'empêche que les époux peuvent se mettre d'accord pour aboutir à un divorce par consentement mutuel.

2° *Les querelles entre ascendants des époux.* — Bien que notre Code tient compte des mauvais traitements entre les parents du mari et la femme parmi les causes de divorce, les querelles entre les ascendants des deux époux ne sont plus, comme elles l'étaient au temps de l'Empire, causes de divorce. Cette solution a été d'ailleurs déjà adoptée par la jurisprudence (arrêt n° 223, an III, *Kouo Wei*, A, p. 230).

3° *Les mauvaises habitudes.* — Le fait de fumer l'opium, de s'injecter de la morphine ou de se livrer au jeu ne constitue pas une cause de divorce. Selon la jurisprudence, ces habitudes n'étaient pas causes de rupture de fiançailles (Arrêts, n° 1925, an IV, n° 117, an III et n° 1384, an VI, *Kouo Wei*, A, p. 232, 212 et 219). Ce n'est plus aussi sûr

aujourd'hui, car l'article 976 énumérant non limitativement les cas de rupture de fiançailles, termine dans son n° 9 par un énoncé général comprenant tous autres motifs graves.

Notons cependant que si le fait de fumer l'opium, de s'injecter de la morphine ou de se livrer au jeu ne constitue pas une cause de divorce, le fait d'en fabriquer ou d'en vendre et celui de tenir une maison de jeu peut être cause de divorce, non pas pour le fait lui-même, mais à cause de la condamnation pénale qui peut être encourue, puisque le Code pénal punit ce fait de l'emprisonnement pouvant aller jusqu'à cinq ans (chap. XII, infractions concernant l'opium, et chap. XX, infractions concernant le jeu, liv. II du Code pénal).

4° Enfin, notons aussi que la Cour supérieure rejeta les demandes en divorce pour violation des règles de l'église catholique qui défend le mariage entre catholique et païen (Décision d'interprétation, n° 1412, an IX, *Kouo Wei*, I, p. 830) et pour vente par le mari des biens apportés en dot par la femme sans le consentement de celle-ci (Arrêt n° 963, an V, *Kouo Wei*, A, p. 234),

SECTION II. — De la procédure du divorce.

Observations préliminaires. — Sous l'Empire, nous n'avions pas de règles spéciales dans la procédure en matière de l'action en divorce. Rappelons d'ailleurs qu'en ce temps-là, la possibilité de demander judiciairement le divorce, telle que nous l'apercevons aujourd'hui n'a jamais été bien dégagée. Ce n'est que depuis et après la République que nous avons des dispositions particulières au divorce.

A côté des règles de droit commun, notre procédure édicte des mesures appropriées à certaines affaires, en raison de leurs particularités. Ces articles d'un caractère exceptionnel forment une partie de la procédure intitulée « Règlementation de la procédure spéciale », dont un paragraphe contient des dispositions concernant les litiges de mariage, lesquels comprennent naturellement le divorce.

Il en était ainsi dans le projet de la procédure civile d'abord en l'application sous le nom de « principes généraux du droit ». Après avoir subi une révision générale, ce projet fut complètement changé en un second, lequel fut aussitôt mis en vigueur comme essai dans les trois provinces de l'Est (la Mandchourie) dès le 1^{er} septembre, l'an X (1921), par le décret du 22 juillet l'an X.

De même, trouve-t-on la même rubrique dans les règlements de procédure, nom donné à un troisième projet d'après la révision du second, par un décret du 14 novembre an X (1921).

Enfin, ce troisième projet fut mis en vigueur dans toute la Chine, le 1^{er} juillet, an XI (1922) par un décret du 7 janvier, an XI.

Lorsque le Gouvernement National prend le pouvoir, il déclare applicable un code de procédure en vigueur depuis longtemps, dans le gouvernement Sud, tout en procédant à une révision sommaire. Telle est la procédure qui nous a régis jusqu'à la veille du 20 mai, an XXI (1932), date de la mise en vigueur du nouveau Code de procédure civile actuel.

Le Code actuel a pour base les règlements de procédure qui à leur tour, ne sont qu'une œuvre du premier projet de procédure civile, mais il est beaucoup plus simple et plus clair que les précédents, et surtout la révision

est faite sur une expérience d'une vingtaine d'années.

Cependant, le fond est resté le même. La conception de nos législateurs se résume en ceci :

La raison pour laquelle l'action en divorce est soumise à une réglementation spéciale, à part quelques règles générales n'a pas pour but de rendre la demande plus rare par la complexité et la lenteur de la procédure, mais d'y apporter plus d'attention, parce que cette matière intéresse, non seulement les intérêts privés, mais encore tout le corps social. On doit de tout son possible protéger ce dernier, et le divorce lui-même ne peut renfermer aucune idée d'entrave à cette protection.

Ainsi, le principe dominant qui régit cette matière d'après l'exposé des motifs du premier projet de la procédure civile se préoccupe de l'intervention de l'autorité dans les affaires intéressant l'état d'une personne.

Nous nous bornons pour le moment à annoncer le principe. Nous en tirerons des conséquences au cours de cet exposé.

Disons un mot seulement sur l'excès que nos législateurs commettent en restant trop fidèles au principe susdit ; notre Code de procédure n'admet pas l'aveu comme preuve en matière de divorce ; mais on oublie que la loi admet le divorce par consentement mutuel. Il est illogique de donner d'une main et de retirer de l'autre.

Comme textes qui nous régissent, nous avons donc un nouveau Code de procédure civile, plus spécialement le paragraphe I du chapitre IV, livre V, et une loi d'application du nouveau Code. Pour être complet, nous devons aussi mentionner la loi sur la conciliation en matière civile promulguée le 20 janvier, an XIX, et entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1931.

Ce qui domine notre action en divorce dans la procédure, c'est naturellement les règles du droit commun. Nous allons les exposer tout en faisant remarquer les dispositions appropriées au divorce.

Division de la section :

- § 1. Personnes pouvant exercer l'action ;
- § 2. Compétence ;
- § 3. Préliminaires de conciliation ;
- § 4. Marche de la procédure ;
- § 5. Mesures provisoires prises pendant l'instance ;
- § 6. Fins de non-recevoir ;
- § 7. Voies de recours ;
- § 8. Exécution du jugement ou arrêt.

§ 1. *Personnes pouvant exercer l'action.*

Action des époux. — Le divorce peut être demandé par chacun des deux époux, lorsque l'un des deux croit avoir à se plaindre de l'autre (La demande est unique ou double : au premier qui agit, l'autre peut répondre en demandant le divorce à son tour). Ce droit appartient à la femme comme au mari depuis les règlements de procédure civile (art. 669, §, 1).

D'après le Code des Ts'ing, le principe était que la femme ne pouvait pas intenter une action contre son mari. La femme qui accuse son mari ou les ascendants de ce dernier, est condamnée, alors même qu'elle dit la vérité (Commentaire officiel) à cent coups de bâton et à trois ans d'exil ; elle est étranglée si son accusation est calomnieuse (loi 1^{re} du chap. VI, du liv. XXX. le P. Boulais, *Manuel du Code chinois*, p. 64). Ce n'est que par exception que la loi des Ts'ing autorisait la femme à intenter une action

contre son mari ; tel était le cas où le mari avait pris la fuite pendant plus de trois ans ; celui où il contraignait sa femme à commettre l'adultère, ou la vendait, ou encore la livrait à un autre et, d'une façon générale, tous les cas du divorce obligatoire où le mari est en faute.

Aujourd'hui, la chose est clairement indiquée par l'article 536, alinéa 1 du Code de procédure civile ainsi conçu : « Lorsque l'action est intentée par le mari ou par la femme, l'autre conjoint a la qualité de défendeur ». Texte que nous discuterons un peu plus loin.

Refus de l'action à toute autre personne. — La faculté de demander le divorce est essentiellement personnelle aux époux. Aucune autre personne ne peut agir en leur nom.

Sont aussi exclus de l'action en divorce :

1° Les créanciers des époux, puisque l'action en divorce est privée de caractère pécuniaire.

2° Les héritiers des époux. Ils ne peuvent non plus poursuivre l'instance commencée par leur auteur, lorsque le demandeur ou le défendeur meurt en cours de procès (art. 545, C. pr. civile). Le mariage est dissous par suite de la mort de l'époux. Mais, d'après l'exposé des motifs du premier projet, le tribunal peut continuer à statuer sur les dépens, bien que l'obligation de payer les dépens soit une conséquence de la perte du procès sur le fond (Exposé des motifs de l'art. 784 du projet du Code de procédure civile. Collection des six Codes éditée par la librairie *Houei wen t'ang*).

Cas où l'époux est incapable. — 1° *Pas d'incapacité de la femme mariée*. Traditionnellement, en Chine, même

lorsque la femme mariée est autorisée par la loi à faire un procès, elle doit être représentée en instance par quelque parent mâle. Cela n'est pas dû à ce qu'elle est incapable, mais sa présence personnelle devant la Cour est indésirable et paraît inconvenante. Voici ce qui a été écrit dans un article supplémentaire d'un chapitre « Femmes criminelles » du Code des Ts'ing (le P. Boulais, *Manuel du Code chinois*, p. 725) : « Quand une femme sera impliquée dans une petite affaire, son fils, son neveu ou ses frères devront se présenter à sa place devant le mandarin. Le magistrat qui n'observe pas cette loi recevra 100 coups de bâton ».

Après l'établissement de la République, la femme mariée est incapable d'ester en justice sans être autorisée par son mari. C'est une conséquence de la puissance maritale. Mais en matière de divorce, il y a exception, l'article 669 alinéa I et l'article 670 des règlements de procédure civile permettant à la femme d'ester en justice sans autorisation du mari, car ici leurs intérêts sont en opposition.

Depuis la mise en vigueur du nouveau Code civil, la femme mariée n'est plus incapable. Même une femme mineure, devient automatiquement capable par le fait du mariage qui l'émancipe. L'article 13, alinéa III, Code civil s'en occupe : « Le mineur qui s'est marié a la capacité d'exercer ses droits ».

De nombreuses décisions d'interprétations sont dans ce sens (n° 414, série *Yuan*, 1931, R.H.L.D., n° 32 ; n° 304, 1930, R.H.L.D., n° 5 ; nos 651, 663, 665, 1932, série *Yuan* R.H.L.D., n° 97 à 90).

La femme mariée est donc aujourd'hui capable de faire, d'une façon générale, tous les actes juridiques, notamment d'ester en justice. Ce n'est plus comme autrefois où elle

n'était autorisée seulement que dans les actions matrimoniales.

Le Code de procédure civile dont l'article 536, alinéa I est une reproduction littérale de l'article 669, alinéa I des règlements de procédure civile répète inutilement une règle générale, car cette disposition n'avait sa raison d'être qu'au moment où la femme restait incapable d'exercer ses droits.

2° *La question de minorité ne se pose pas en notre matière.*

Ou bien, il n'y a pas de mariages valables (on distingue dans ce cas le mariage nul pour cause de prohibitions dirimantes (art. 988, Code civil) et mariage annulable pour cause de prohibitions prohibitives, articles 989, 990 et suivants du Code civil, et alors on ne peut plus parler de divorce. Notons en passant que le concubinage n'est pas un mariage valable comportant des effets d'émancipation (décision d'interpr., n° 651, an XX, R.H.L.D., n° 87-90).

Ou bien il y a mariage valable et alors, le mineur étant émancipé devient par suite capable.

Rappelons qu'il s'agit ici de minorité de 18 ans pour l'homme et de 16 ans pour la femme. Au-dessous de cet âge, le mariage contracté ne saurait être valable, et l'on retombe alors dans le cas du mariage annulable (art. 990 et 989, Code civil). Cette remarque semble de toute évidence. Mais la pratique nous offre fréquemment des unions contractées au-dessous de cet âge légal. C'est ce qu'a constaté la Cour supérieure de Hou-nan dans une lettre adressée au *Yuan* de Justice (voir la lettre et sa réponse dans la décision d'interprétation, n° 663, série *Yuan*, R.H.L.D., n° 87-90).

Pourtant, il n'y a pas de règle sans exception. Le mariage contracté au-dessous de cet âge sera valable avec l'effet d'émancipation, si l'impuberté de l'homme ou de la femme est démentie par la grossesse de la femme (art. 989 Code civil.)

Une seconde remarque s'impose ici. D'après l'article 1049 code civil, les époux qui divorcent par consentement mutuel doivent être majeurs ; s'ils sont mineurs, ils doivent se procurer un consentement de leur représentant légal. Mais cet article ne vise que le divorce par consentement mutuel. Or, la capacité est la règle et l'incapacité l'exception. Si aucune disposition ne parle du consentement du représentant légal des époux mineurs, en cas de divorce judiciaire, c'est qu'ils n'en ont pas besoin. Cela s'explique aussi par le fait que le divorce par consentement mutuel est précisément une affaire privée laissée aux seuls caprices des époux sans aucune garantie sérieuse. Le divorce judiciaire se déroulant devant le tribunal, on n'a rien à craindre sur la protection des droits.

3^o *Pas d'interdiction légale ni d'incapacité pour le prodigue.* — L'interdiction légale n'existe pas chez nous, puisque notre Code pénal n'admet comme peines accessoires que la dégradation civique et la confiscation (art. 50, Code pénal).

Dans les règlements de procédure civile, on distingue comme dans beaucoup d'autres pays, l'interdiction judiciaire pour les aliénés et la quasi interdiction pour les faibles d'esprit et les prodigues (§ 4, chap. v, liv. VI, art. de 705 à 738 des règlements de procédure civile).

Mais aujourd'hui, le Code civil n'admet plus la quasi-interdiction pour le faible d'esprit, celui-ci est traité de la

même façon que les aliénés, c'est-à-dire qu'il peut être frappé de l'interdiction. Il ne subsiste rien pour les prodigues.

4^o *De l'interdiction judiciaire.* — Si l'un des époux est interdit judiciairement (aliéné ou faible d'esprit), le procès doit être dirigé par son tuteur ; dans le cas où le tuteur est précisément l'autre époux, un représentant *ad litem* sera choisi par le Conseil de famille pour le représenter dans l'instance (art. 537, Code proc. civ.). D'après les règlements de procédure dans l'article 670, au cas où le tuteur est l'autre époux, l'action de son conjoint doit être intentée par le subrogé tuteur, institution qui n'existe jamais en réalité. Le nouveau code a raison de le suppléer par un représentant nommé par le conseil de famille.

Sur la lecture de l'article 670 dans les règlements de procédure civile, il nous paraît que ces dispositions sont trop libérales, pour ne pas dire fantastiques. Le divorce étant une chose d'une gravité sans pareille qui peut produire des répercussions, non seulement dans la famille, mais encore dans le corps social, on se demande pourquoi notre loi a permis à un tuteur ou même à un subrogé tuteur d'intenter une action en divorce pour un aliéné ou pour un faible d'esprit.

Le nouveau Code de procédure civile semble comprendre la mauvaise portée de cet article. Il supplée à cette lacune par l'article 537, alinéa II, ainsi conçu : « Le tuteur d'un époux qui intente une action doit être autorisé par le Conseil de famille ». Ce texte est une disposition commune à toutes les actions matrimoniales, étant donné qu'il est inclus dans le chapitre intitulé : « La procédure concernant les litiges du mariage ». Cependant, nous estimons qu'une

affaire aussi grave et aussi personnelle que le divorce ne doit pas dépendre d'une volonté étrangère à l'interdit lui-même, fût-elle celle du Conseil de famille. Nous espérons qu'un jour ou l'autre, le *Yuan* de Justice, se rendant compte des conséquences fâcheuses de cet article, érigera des mesures plus sérieuses.

§ 2. — *De la compétence.*

Compétence exclusive des tribunaux civils. — La demande en divorce relève naturellement des tribunaux civils. Eux seuls peuvent la connaître. Une Cour répressive appelée à statuer sur des faits qui constituent une cause de divorce, par exemple une tentative de meurtre commis par un conjoint sur la personne de l'autre, ne peut pas prononcer le divorce d'après ces faits, alors même que la victime s'est portée partie civile.

Influence sur le civil de la chose jugée au criminel. — D'après l'article 513 du Code de procédure pénale, la chose jugée au criminel a autorité au civil, que ce soit une action civile distincte ou non de l'action pénale.

Supposons qu'un conjoint est condamné à une peine de bigamie ou pour toute autre chose à un emprisonnement de plus de trois ans, comme ce sont là des causes péremptoires de divorce, le juge du tribunal civil, en cas de demande, doit prononcer le divorce sans autre pouvoir d'appréciation.

Si la personne poursuivie au criminel est déclarée non coupable, l'effet de la chose jugée au criminel varie suivant le cas.

S'il s'agit de bigamie ou d'une infraction possible d'un emprisonnement de trois ans, une fois l'accusation déclarée

non fondée au criminel, l'action en divorce fondée sur ces faits n'est plus recevable devant le tribunal civil. Même dans une accusation fausse, l'époux acquitté ne peut demander le divorce contre l'autre, parce que l'injure grave n'est pas considérée par notre loi comme une cause de divorce.

Au contraire, dans le cas où il y a sévices ou tentative de meurtre, il peut arriver que les faits soient déclarés insuffisants pour encourir une peine par la Cour répressive, mais capables d'entraîner une action en divorce.

Détermination du tribunal compétent. — A la différence des règles du droit commun, ce n'est plus le tribunal du domicile du défendeur qui est compétent, mais c'est toujours le tribunal du domicile du mari qui statue sur la demande en divorce comme pour toutes les actions d'état (art. 535, Code proc. civ.). Voici les termes de cette disposition : ... « l'action en divorce est de la compétence exclusive du tribunal civil de première instance dont le mari est justiciable à raison de son statut général de juridiction... » c'est-à-dire d'après l'article 2 du Code de procédure civile, celui du domicile du mari (en ce sens décision série *T'ong*, n° 1813, an XII (1923), *Kouo Wei*, I, p. 1045).

On ne trouve pas de difficulté dans la vie normale des époux, puisque la femme mariée a le même domicile que son mari (celui du mari en cas ordinaire et celui de la femme en cas de gendre appelé (art. 1002 Code civil). Même dans le cas où la femme peut, pour des raisons justifiées, avoir un domicile séparé (art. 1002 Code civil), lorsqu'elle est défenderesse, ce n'est pas le tribunal de son domicile qui a la compétence. Inégalité fâcheuse !

Nous ne trouvons la justification de cette règle que dans

l'exposé des motifs du premier projet du Code de procédure civile sous l'article 771. La raison est d'ailleurs peu justifiée, il y est dit que pour faciliter la marche de la procédure, il est préférable de choisir le tribunal du domicile du mari.

Lorsque le domicile actuel du mari n'est pas connu, le tribunal du lieu de sa résidence est compétent. Si le mari a une résidence inconnue ou même pas de résidence, c'est le tribunal du dernier domicile connu.

Si le mari habite à l'étranger dont le statut général de la juridiction n'est pas déterminé de la même façon que l'article II du Code procédure civile, c'est le tribunal civil du lieu où siège le ministère des affaires étrangères (art. II, al. 3, Code proc. civ.) qui a la compétence.

D'après l'article 535, alinéa 2, Code procédure civile, lorsque la compétence d'un tribunal ne peut être déterminée d'après l'article 2 du Code de procédure civile, elle sera fixée par une ordonnance du *Yuan* judiciaire.

Mais quand la compétence du tribunal est-elle déterminée ? Elle est fixée au moment où l'instance est engagée (art. 27, Code proc. civ.). Selon les articles 235 et 244 Code de procédure civile, une instance est engagée par l'introduction de la requête.

En conséquence, une fois que la requête est introduite le tribunal saisi reste compétent alors même que le mari change son domicile en cours d'instance.

Ceci montre enfin qu'en Chine la compétence n'est pas fixée au moment de la citation en conciliation comme en France.

§ 3. — *Préliminaires de conciliation.*

Jusqu'à la loi promulguée le 20 janvier, an XIX (1930), nos législateurs n'acceptent pas le système de préliminaires de conciliation obligatoire pour les affaires civiles. Cependant, nous ne négligeons pas les arrangements pouvant survenir entre les parties. Ainsi, au cours d'une instance, si le juge estime qu'il peut ramener les deux parties à un rapprochement, il lui est permis de s'en charger lui-même ou d'en confier le soin à un juge commissaire.

La raison pour laquelle nos législateurs n'adoptaient pas le système de conciliation obligatoire préliminaire est exposée dans les motifs de l'article 284 du premier projet de Code de procédure civile en ces termes : « Il est de pure formalité et sans utilité d'imposer aux parties une conciliation préliminaire avant le débat. Cela ne fait que retarder la procédure ».

Cependant, nous ne laissons pas échapper le moment favorable à la conciliation des parties. Les juges peuvent essayer, au cours de l'instance, de ramener les parties à un arrangement (art. 446 dans les règlements de procédure civile).

Le Code de procédure civile actuel adopte le même système. Le paragraphe 4 du chapitre 1^{er} dans le livre II contient en tout trois articles (des articles 370 à 372), spécialement consacrés à la conciliation.

En attendant, nous avons une loi de conciliation obligatoire préliminaire, en matière d'affaires civiles, loi promulguée le 20 janvier an XIX, et mise en vigueur le 1^{er} janvier 1931. C'est de cette loi que nous voulons parler ici.

Cependant, cette loi n'est pas spéciale à la demande du divorce, car l'obligation de conciliation préliminaire est commune à toutes les actions d'état comme à celles des affaires civiles de première instance (art. 2, loi de la conciliation préliminaire obligatoire dans les affaires civiles).

L'action ne peut être introduite devant le tribunal sans avoir passé devant le bureau de conciliation, à moins que l'affaire n'ait été conciliée devant un autre organe de conciliation ou qu'elle ne soit reconnue inconciliable par le président du Bureau qui porte ce nom (art. 2 de la loi). La demande de conciliation est introduite sous forme d'un écrit avec les mentions suivantes : le nom, l'âge, la profession, l'adresse du demandeur, le nom et l'adresse de la partie adverse; l'objet de la demande, la date (art. 10).

La conciliation se déroule devant un Bureau composé d'un président qui doit être un juge, et de deux réconciliateurs choisis chacun par une des parties (art. 3). Ces assesseurs doivent remplir les conditions suivantes : être citoyens chinois, âgés de plus de trente ans, avoir une profession, et connaître la langue chinoise. Les fonctions de juges ou d'avocats sont incompatibles avec la fonction de réconciliateurs (art. 4). Sont incapables de remplir cette fonction aussi : ceux qui sont privés de droits civiques, ceux qui sont déclarés en faillite et non rétablis, enfin les interdits judiciaires (art. 5). Ces fonctions sont gratuites (art. 15). Aucun frais n'est perçu à l'occasion de la conciliation (art. 14).

Le jour de la conciliation est déterminé par le président, sans dépasser néanmoins dix jours à partir de la déposition de la demande. La date une fois fixée doit être communiquée aux parties (art. 6).

La partie convoquée qui, sans motifs plausibles, ne se

présente pas au jour fixé est passible d'une amende de 10 dollars au maximum (art. 7).

La période de conciliation ne doit pas durer plus de sept jours à partir du jour où les deux parties répondent à la convocation par leur présence, à moins qu'elle ne soit prolongée du consentement des deux parties (art. 8).

La loi ne veut pas que la période de conciliation dure infiniment par défaut (de présence) de l'une des parties. Elle considère la conciliation comme échue, si l'une des parties fait défaut sans motifs plausibles pendant plus de cinq jours (art. 9).

Le résultat de la conciliation doit être constaté par un procès-verbal signé du président et de deux réconciliateurs choisis (art. 11, 12).

Si la conciliation réussit, l'acte qui constate ce succès a force de choses jugées, de la même façon qu'un jugement du tribunal (art. 13).

Dans le cas contraire, le procès-verbal constatant l'insuccès doit servir de permis de citation devant le tribunal (art. 2 in fine).

Nulle part on ne trouve de règles spéciales concernant l'action en divorce. La loi ne prévoit aucun pouvoir au président du Bureau de la conciliation pour ordonner des mesures provisoires concernant les époux, les enfants et les biens.

En pratique, il faut dire que la femme en instance de divorce se réfugie souvent chez ses parents et le mari ne peut réclamer la cohabitation, car d'après l'art. 1101, code civil, la femme doit cohabiter avec son mari, sauf le cas où elle a un motif plausible de refus. Justement on tombe ici dans l'un de ces cas.

Cette loi de conciliation est instituée dans un but hono-

nable. Comme le dit fort bien l'article premier : « C'est pour apaiser les disputes et diminuer le nombre des procès que la loi organise un Bureau de conciliation dans le tribunal de première instance ». Mais cette loi est encore trop récente ; nous ne pouvons donc porter aucun jugement sur son action dans l'avenir.

§ 4. — *Marche de la procédure.*

A. Règles de droit commun. — Après le préliminaire de la conciliation, l'affaire du divorce est introduite et jugée de la façon ordinaire. Il en résulte :

1^o Que la demande est introduite par l'assignation de l'époux demandeur signifiée aux soins du greffier à l'époux défendeur ou à un représentant légal dans le cas où l'époux est un interdit judiciaire (art. 124, 127 et 235, Code de procédure civile).

2^o Que les demandes additionnelles ou les demandes reconventionnelles que le défendeur peut former contre le demandeur en sa faveur, peuvent être faites avant la conclusion des débats (art. 245 et suivants, Code de procédure civile). L'article 538, alinéa I, ne fait que répéter les règles de droit commun. La loi énumère ensuite dans un second alinéa la catégorie des demandes hors le mariage admises pour être englobées dans les demandes additionnelles ou reconventionnelles, telles que la restitution des enfants, la reprise des biens, la pension alimentaire, les dommages-intérêts nés du divorce.

3^o Qu'en tout état de cause, le tribunal peut essayer de ramener les deux époux à la réconciliation (art. 370, Code proc. civ.).

4^o Que conformément au droit commun, l'audition des

témoins se fait devant le tribunal tout entier sauf dans quelques cas exceptionnels (art. 293, Code procéd. civ.). On se plaint que l'audition publique des témoins fait perdre du temps aux juges et qu'en conséquence, elle entraîne un retard dans le procès. Cette opinion n'est pourtant pas soutenable pour nous, car le divorce est une affaire grave qui mérite qu'on porte la plus grande attention à chaque phase du procès.

5° Que l'audience est en principe publique (art. 55, règlement de l'organisation des tribunaux), cependant le tribunal peut ordonner le huis clos si les circonstances rendent cette mesure nécessaire (art. 58 et 59 du même règlement).

B. Règles spéciales à la procédure de divorce. — Voyons maintenant ce qui est spécial dans la marche de procédure en divorce devant le tribunal.

1° *Celles qui sont communes à toutes les actions d'État, mais distinguées des règles de droit commun.*

Mesure pour interroger les parties en personne. — C'est un principe de droit commun que le tribunal pour s'éclaircir peut ordonner la comparution des parties en personne (en ce sens, arrêt, série *Chang*, n° 462, an III, *Kouo Wei*, A, p. 661) malgré que la partie soit représentée conformément (en ce sens, arrêt série *Chang*, n° 536, an V, *Kouo Wei*, A, p. 649). Si la partie ne peut comparaître en personne parce qu'elle habite dans un lieu lointain, le tribunal peut faire procéder à l'interrogatoire par un juge commissaire rogatoire dans les actions d'état (art. 542, Code proc. civ.).

Règles spéciales en matière de preuves.

a) Les dispositions relatives aux effets de l'aveu et des faits non contestés (art. 267, 268 et plus spécialement 376, Code proc. civ.) ne sont pas applicables aux actions matrimoniales, car dans ces affaires qui intéressent l'ordre public, les parties ne peuvent disposer d'elles-mêmes de leurs droits. Mais pour les actions en divorce, cette exception est édictée dans le but d'interdire le divorce par consentement mutuel. Dans les pays où le divorce judiciaire est seulement admis, cette interdiction de l'aveu en matière de preuves s'explique fort bien, parce que la loi veut combattre la possibilité des époux d'obtenir indirectement le divorce d'accord en se chargeant de fautes imaginaires que le prétendu coupable viendrait avouer en justice. Or, chez nous, le divorce par consentement mutuel existe parallèlement au divorce judiciaire, il n'y a rien à craindre sur l'aveu suspect en matière de preuve. Il est logique que nous revenons par là au droit commun, étant donné que l'aveu est la meilleure des preuves. Chose curieuse, ni le règlement de procédure civile (art. 674), ni le code de procédure civil actuel (art. 540), ne font pas le moins du monde la distinction de l'action en divorce avec les autres actions matrimoniales ; en matière de preuves, la règle est la même : pas d'aveu.

La jurisprudence commet aussi cette contradiction sans s'en apercevoir. D'un côté, l'aveu ne doit pas être regardé comme base du jugement des affaires matrimoniales, pour lesquelles les parties ne peuvent disposer librement de leurs droits (arrêt série *Chang*, n° 345, an VIII, *Kouo Wei*, A, p. 749). De l'autre, le *Ta li yuan* doit prononcer le divorce lorsque les deux parties dans une action en divorce mani-

festent clairement leur intention de se séparer d'un commun accord, soit pendant l'instance, soit en dehors du tribunal (arrêt série *Chang*, n° 1056, an IV, *Kouo Wei*, A, p. 749).

Si l'aveu ne peut être considéré comme unique base du jugement, le juge peut s'en servir comme preuve supplémentaire, lorsqu'il y a d'autres preuves (arrêts série *Chang*, n° 663, an V ; n° 345, an VIII, *Kouo Wei*, A, 750).

b) En cas d'enquête, les parents et alliés ne peuvent pas refuser leur témoignage. En droit commun, le conjoint du demandeur ou défendeur, ses parents (7^e degré), ses alliés (5^e degré) ou ses anciens alliés peuvent refuser d'être témoins dans une affaire en instance (art. 295, al. 1, Code proc. civ.). Exception est faite pour les actions d'état et les actions matrimoniales (art. 296, alin. 1, Code proc. civ.). Ceci s'explique tout naturellement, car dans la pratique, les parents ou alliés connaissent mieux les affaires familiales que les étrangers. Surtout dans les affaires matrimoniales, ils sont souvent témoins ou entremetteurs de ces actes. Quand surgit un litige sur ces affaires, le meilleur parti qu'on puisse en tirer, c'est d'interroger ces gens sur la cause et les péripéties de l'incident (en ce sens les arrêts, série *Chang*, n° 419, an III, *Kouo Wei*, A, p. 684; arrêt série *Chang*, n° 2064, an IV, *Kouo Wei*, A, p. 685).

Lorsque les témoins sont des parents ne dépassant pas le 7^e degré ou des alliés du 5^e degré, ou encore des anciens alliés de l'une des parties en cause, la loi en droit commun ne dit pas que ces témoins doivent être écartés ou sont reprochables ; elle déclare seulement qu'ils peuvent refuser de déposer pour témoignage (art. 295). Donc, il peut y avoir des exceptions et qu'un témoin de ce genre réponde à l'interrogation de la Cour.

C'est là un des rares principes traditionnels de nos anciens Codes qui soient adoptés par le nouveau Code de procédure civile. Dans le *Ta Ts'ing lu li* par exemple, on trouve les dispositions suivantes :

Sauf pour le cas de haute trahison, les proches parents coupables peuvent se cacher mutuellement sans être punis (chapitre intitulé : Asile procuré à des parents coupables, liv. V, *Ta Ts'ing lu li*, p. 76).

Si un inférieur dénonce un supérieur, celui-ci sera puni suivant la loi, tandis que celui-là subira la punition réservée à ceux qui offensent la fidélité (le P. Boulais, *Manuel du Code chinois*, p. 69).

Remarquons que l'idée dominante dans ces dispositions est toujours la solidarité familiale, principe moral reconnu et sanctionné par la loi positive. De là découle comme conséquence la recommandation de ne pas révéler le secret de la famille. Ce qui montre encore une fois la confusion de la morale et du droit dans l'ancienne loi chinoise.

Ce principe est même révélé par le premier projet de procédure civile. D'après le commentaire sous l'article 386 de ce projet, qui est l'origine de l'article 364 du règlement de procédure civile et celle de l'article 295 du Code de procédure civile actuel, c'est pour ne pas contrarier le principe de se cacher les fautes entre parents que nos législateurs déterminent de la sorte.

Il n'en fut pas toujours ainsi après la Révolution et avant la mise en vigueur du règlement de procédure civile. Nous eûmes à ce moment-là un règlement provisoire des tribunaux qui était en vigueur ; un article 77 de ce règlement énonçait que le témoignage des parents devait être écarté. La jurisprudence essayait, au contraire, d'établir les exceptions par lesquelles pouvait être acceptable la dépo-

sition des parents proches. En ce sens : l'arrêt série *Chang*, n° 419, an III (*Kouo Wei*, A, p. 684) admet l'exception de l'article 77 du règlement dans les actions matrimoniales. La Haute Cour reçoit même le témoignage des personnes, parentes des deux parties en cause (arrêt série *Chang*, n° 379, an VI, *Kouo Wei*, A, p. 685). Toute une série d'arrêts acceptent la déposition des parents, uniques témoins possibles (Arrêts série *Chang*, n° 612, an III ; n° 881, an III ; n° 2258, an IV, *Kouo Wei*, A, p. 865). Pourtant, un seul arrêt se montre moins audacieux que les autres ; il déclare que le témoignage des parents a valeur probante jusqu'à preuve contraire (arrêt série *Chang*, n° 55, an IV, *Kouo Wei*, A, p. 684).

L'admission des parents comme témoins en matière de preuves dans les seules actions matrimoniales est pratiquée dans la plupart des pays.

Tandis que la jurisprudence, avant la mise en vigueur du nouveau Code de procédure civile, travaille à échapper au principe du règlement des tribunaux, notre Code de procédure civile actuel retourne à l'ancien régime, mais avec beaucoup d'adoucissement en matière de preuves dans le droit commun. Le système ancien encourageait et forçait même par des peines, les parents à cacher la faute entre eux et à ne pas révéler un scandale de famille au public ; le système du Code de procédure civile actuel (art. 295) ainsi que le Code de procédure criminelle (art. 98) tolèrent que les parents refusent la déposition du témoignage en droit commun. Dans le domaine des actions matrimoniales, et les actions d'état, ils admettent la déposition des proches parents, système tout à fait contraire à l'ancien. Ainsi, dans un divorce, les parents sont obligés de remplir la fonction de témoins (art. 296). Leur déposition

n'est pas précédée de la formalité du serment (art. 302, Code proc. civ.) et d'après la jurisprudence, la déposition des témoins, quoique non assermentés, n'est pas cependant dénuée de toute force probante, ce qui veut dire qu'elle a une force, bien que petite (arrêt série *Chang*, n° 1252, an XI, *Kouo Wei*, A., p. 686).

Dans un autre arrêt récent, la Cour supérieure de Setchouan reçoit dans une affaire de divorce la déposition d'un enfant commun. La Cour Suprême casse cet arrêt en disant que cette déposition n'a pas force probante, sans d'autres preuves supplémentaires. (Arrêt n° 348, an XVII, R.A.C.S., p. 89, t. I). Autrement dit, s'il y a des preuves supplémentaires, la déposition même d'un descendant est recevable.

En droit français, l'article 245 code civil, 2^e alinéa, indique qu'en divorce les parents, à l'exception des descendants et des domestiques des époux, peuvent être entendus comme témoins. On écarte la déposition des descendants justement par raison de décence. C'est le cas par lequel notre vieux principe, qui était de cacher les fautes entre parents avait utilité à être appliqué. Cependant, notre Code de procédure civile néglige justement ce point. Faute de textes, les tribunaux admettent pour déposer en justice, les descendants, dans une brouille des parents. L'arrêt cité prouve cette lacune ; c'est ainsi qu'un sage principe manque son principal but.

Quant aux domestiques, leur déposition est faite sans prestation de serment (art. 302, alin. 2, Code proc. civ.). On ne trouve pas de dispositions spéciales dans le paragraphe concernant la procédure de mariage, c'est donc qu'il n'y a pas d'exception, la règle du droit commun est appliquée en matière de divorce.

Il en résulte qu'en cette matière, notre loi prend justement le contre-pied de l'article 245 du droit français.

2^o Règles spéciales à l'action en divorce.

Possibilité d'un sursis de jugement. — Dans une action en divorce, lorsque le tribunal estime que les conjoints peuvent avoir la chance de reprendre la vie commune, il peut ordonner la suspension de la procédure pendant un délai n'excédant pas six mois. Passé ce délai, si les époux ne se réconcilient pas, la suspension ne pourra pas être renouvelée (art. 543, Code proc. civ.).

Avant le code actuel, ce délai était fixé à une année (art. 678, règlement de procédure civile) ; il est donc réduit de la moitié.

La loi dit que le tribunal peut suspendre la procédure, mais elle ne précise pas quand le tribunal peut le faire. Comme il s'agit ici d'une tentative de conciliation, nous croyons que la loi préfère laisser l'appréciation au juge. D'ailleurs, la loi le laisse voir clairement (dans l'art. 543 Code proc. civ.) par le mot « estime », ce qui veut dire que le juge a un pouvoir d'appréciation. Ce qui importe à connaître ici, c'est qu'il y a des cas où le tribunal n'a point pouvoir d'appréciation, cette suspension de la procédure n'est donc plus possible, par exemple pour les cas où les causes de divorce sont péremptoires (la bigamie, l'adultère, la condamnation de plus de trois ans d'emprisonnement).

La suspension de la procédure, une fois prononcée, le tribunal reste sans aucun doute saisi de l'affaire. L'ordonnance qui prononce la suspension de la procédure est loin d'être un jugement définitif, l'appel est évidemment impossible.

Le délai de la suspension doit courir dès le jour où l'ordonnance est prononcée, puisqu'il ne s'agit pas d'une décision obligatoirement signifiée.

Un autre point sur lequel notre loi ne dit rien reste pourtant réel. En cas de sursis de procédure, la séparation de résidence et les mesures conservatoires doivent être maintenues ou prescrites si elles n'existent pas.

Un arrêt de la Cour Suprême confirme ce point (décision d'interpr. série *T'ong*, n° 1203, an IX, *Kouo Wei* I, p. 691). Un tribunal, en instance de divorce, trouvant qu'il y a quelques chances d'arrangement, prononce, en conséquence, la suspension de la procédure et condamne en même temps le mari à payer une pension alimentaire à la femme qui doit avoir une résidence séparée pendant une année (la loi en vigueur permettait cela). Si, au bout de l'année, la femme ne change pas de conduite, le divorce sera prononcé. Cela prouve que le tribunal n'a pas oublié les mesures conservatoires, même dans ce cas.

Cette décision ayant soulevé un autre point intéressant, l'interprétation en fut demandée au *Ta li yuan*. En principe, dès qu'une procédure est suspendue, pendant une année les époux restent dans l'état où ils sont, le divorce ne doit pas être prononcé ce délai. Or il arrive que la femme, non seulement ne se repente pas de sa faute, mais encore commette d'autres fautes envers son mari. Celui-ci demande le divorce cette fois pour des faits nouveaux. Le tribunal saisi doute qu'il puisse donner satisfaction au demandeur vu la suspension de la première procédure, il s'adresse au *Ta li yuan* pour savoir ce qu'il doit faire. La réponse de la Haute Cour est dans le sens affirmatif, ce qui veut dire que le divorce peut être prononcé même pendant la suspension de la première pro-

cédure, et avant l'expiration du sursis si dans l'intervalle une nouvelle cause du divorce s'est produite.

Extension du pouvoir du tribunal.

D'après l'article 541, alinéa I, Code de procédure civile, dans le but de maintenir le mariage, le tribunal peut d'office rechercher les preuves et prendre en considération des faits qui n'ont pas été révélés par les parties alors qu'en droit commun, le tribunal ne peut rechercher d'office, que le bien-fondé de l'usage, les règlements locaux ou des lois étrangères qu'il ignore (art. 271, Code proc. civ.) et qu'il ne doit pas toucher aux faits non soulevés par les parties (art. 380, Code proc. civ.).

On fait exception à cette règle en matière d'actions matrimoniales, car on adopte dans notre code de procédure civile, le système de l'intervention de l'autorité dans les affaires intéressant l'état des personnes.

Conditions nécessaires de cette mesure exceptionnelle :

1^o Il faut que les recherches de preuve et de faits non soulevés soient utiles pour maintenir le mariage. Ainsi cette loi trouve son application principalement en cas d'action en divorce.

2^o Il faut que le résultat des recherches et des faits soient communiqués et discutés par les parties avant le jugement.

Cette dernière condition est essentielle pour que l'exception soit raisonnable (art. 541, al. II ; art. 266, Code proc. civ.).

C. — Autres règles spéciales qui existaient autrefois, mais n'existent plus. — 1^o *Communication au ministère public.* — Avant la mise en vigueur du Code de procé-

ture civile, toutes les actions d'état, y compris par conséquent l'action en divorce, devaient être communiquées au ministère public (art. 671 du règlement de procédure civile).

Remarquons qu'en matière d'affaires civiles soumises à cette communication, le rôle du ministère public ne donna pas de bons résultats. Dans un arrêt, le *Ta li yuan* déclare que, d'après l'article 671 du règlement de procédure civile, le ministère public doit se présenter aux débats des actions matrimoniales et donner son opinion. Il continue à dire que si le ministère public fait défaut dans ces débats, le tribunal ne peut être empêché pour cela de juger l'affaire, et qu'en conséquence, les parties ne peuvent pas attaquer le jugement rendu pour cette cause (arrêt série *Chang*, n° 301, an XV, *Kouo Wei*, A, p. 749).

L'intervention du ministère public dans les affaires civiles est disparue dans le Code de procédure civile actuel.

La suppression de cette institution a pour raisons principales les suivantes :

a) L'essai d'institution du ministère public n'a pas donné les résultats attendus. C'est un organe superflu.

b) Le pouvoir judiciaire se trouve souvent en conflit avec le ministère public représentant le pouvoir exécutif. Le conflit ne fait que compliquer la marche de la justice. (Cf. Principes directeurs sur la loi de la constitution des tribunaux, n° 1 et 9 — *Li fa tchouan k'an* — publication officielle du Conseil législatif, t. IV, p. 1.)

On demande depuis longtemps sa suppression, mais le conseil exécutif du gouvernement national s'y oppose en quelque sens ; il décide seulement de limiter son rôle en matière criminelle et de développer les accusations directes portées par la victime.

Le nouveau Code de procédure civile ne fait aucune allusion aux affaires communicables au ministère public, puisqu'il n'a pas reproduit les passages du règlement de procédure civile concernant cette institution.

2° Précautions spéciales en cas de jugement par défaut. —

En ce qui concerne le jugement par défaut, il n'y a plus de particularité dans l'action en divorce, mais il n'en était pas toujours ainsi. Passons en revue l'historique du jugement par défaut, en trois périodes.

a) Depuis la Révolution de 1911 jusqu'à la mise en vigueur du règlement de procédure civile (1^{er} juillet an XI, c'est-à-dire 1922). Pendant cette période, nos tribunaux se servent du premier projet du Code de procédure civile au moyen des principes généraux de droit pour se tirer d'affaire dans la pratique. Ce projet admettait le système du jugement par défaut en droit commun et ne l'admettait pas en matière d'actions d'état. L'action en divorce faisait donc exception au droit commun.

Voyons maintenant le mécanisme de cette exception. Lorsque les deux parties font défaut, la procédure est suspendue comme par tacite consentement (Décision d'interpr., série *T'ong*, n° 910, *Kouo Wei*, I, p. 502). Et l'action suspendue est périmée au bout d'une année (art. 259, projet du code de procédure civile).

Quand le demandeur seul fait défaut (ne se présente pas ou ne se fait pas représenter au jour des débats), il est censé renoncer à la demande, il y a désistement.

Si le défaillant est le défendeur en première instance ou en appel, la loi (comme elle ne permet pas l'aveu ou la présomption d'aveu en cette matière) n'admet pas qu'il y ait aveu de la part du défendeur, et le condamne par

défaut uniquement à cause de son absence. C'est à l'égard du défendeur que la loi ne permet pas au tribunal de juger par défaut (art. 783, projet du Code de procédure civile qui fait l'application de l'article 754 de ce même Code).

Que faut-il donc faire alors ?

D'après le projet du Code de procédure civile, le tribunal convoque de nouveau le défaillant par affiches (art. 754), ou l'oblige à comparaître au moyen d'une contrainte (art. 367) ou bien encore fait recueillir sa défense par un juge commissaire rogatoire (art. 778). Si tout cela ne peut se faire, le tribunal recherche d'office les preuves en tenant compte de la plainte du demandeur ; il rend enfin un jugement ordinaire, malgré l'absence du défendeur, de façon que la cause de celui-ci est défendue par la Cour et le ministère public. Ce jugement est susceptible d'appel et non d'opposition.

Tout cela est fait en vertu du principe de l'intervention de l'autorité dans les affaires privées intéressant l'état des personnes, notamment en cette matière au moyen de la surveillance d'office de la marche de la procédure.

Nous trouvons toute une jurisprudence établie en ce sens (Décision d'interpr., série *T'ong*, n° 730, an VI, *Kouo Wei*, I, p. 401 ; n° 731, an VI, *id.*, p. 403 ; n° 302, an IV, *id.*, p. 189 ; n° 910, an VII, *id.*, p. 502).

b) Depuis la mise en vigueur du règlement de procédure civile jusqu'à l'avènement du Gouvernement National.

Pendant cette période, le tribunal n'admet plus le jugement par défaut, même en droit commun, car d'après l'article 457 du règlement de procédure civile, lorsqu'au jour des débats, l'une des parties s'absente, le jugement sera rendu sur le seul exposé de l'autre partie présente ; néanmoins le tribunal doit tenir compte et prend en consi-

dération les débats antérieurs de cette affaire, le résultat de l'enquête et l'exposé dans la conclusion du défaillant.

Ce nouveau système entre peu à peu en usage ; on ne trouve plus de décisions d'interprétation ni de procès sur cette question, si ce n'est une seule décision faisant allusion d'ailleurs, à l'article 457 du règlement (décision d'interprét., série *T'ong*, n° 1902, an XIII, *K'ovo Wei*, I, p. 1101).

On donne les raisons suivantes à la suppression du jugement par défaut dans le commentaire sous l'article 457 du règlement de procédure civile. Le jugement par défaut, en tant qu'il est rendu uniquement pour la seule cause de la non-comparution du défaillant et sans aucun examen sur les faits, ne saurait être exact. De plus, l'opposition qui remet le procès dans l'état antérieur au jugement, sans tenir compte si les raisons du défaillant sont justifiables ou non est aussi une erreur. Tout ceci ne fait que compliquer les choses et donne souvent raison aux gens de mauvaise foi.

Comme nous venons de l'exposer, dans l'article 457 du règlement, le système, pendant cette deuxième période, consiste à permettre au tribunal de juger l'affaire, avec la partie seule présente, comme s'il y en avait deux, quand la partie présente le requiert. La loi tient compte aussi des intérêts du défaillant ; elle prescrit que le tribunal doit prendre en considération la défense déjà faite ou des faits déjà exposés.

Le jugement ainsi rendu est seulement susceptible d'appel.

Si le défaillant est empêché par cas fortuit ou force majeure de comparaître au jour des débats, mais seulement dans ces deux cas, il peut demander au tribunal de remettre le procès dans l'état antérieur au jugement, et la demande

alors doit être présentée dans un délai de vingt jours à partir du jour où l'obstacle a cessé, et encore dans l'année à compter de la date du défaut (art. 205, 206, 207 du règlement de procédure civile).

La demande de la remise à l'état antérieur équivaut à l'ancienne opposition, mais elle ne peut être faite que sous conditions.

c) Depuis l'avènement du Gouvernement National jusqu'à la mise en vigueur du Code de procédure civile actuel.

Pendant cette période, on retourne à l'ancien système. Le premier projet du Code de procédure civile, sensiblement révisé, est remis en vigueur sous le nom de « Code de procédure civile révisé ». Le jugement par défaut est donc admis en droit commun. Dans les affaires intéressant l'état des personnes, y compris l'action en divorce, l'exception s'est faite à l'égard du défendeur défaillant.

Nombreuses décisions furent dans ce sens. En voici les principales : Décisions d'interprétation, série *Kiai*, n° 83, an XVII, R.I.C.S., t. II, p. 54 ; n° 176, an XVII, *id.*, t. IV, p. 40 ; n° 177, an XVII, *id.*, t. IV, p. 42 ; série *Yuan*, n° 383, an XIX, R.H.L.D., n° 30 ; n° 396, an XX, *id.*, n° 33 ; n° 432, an XX, *id.*, n° 35 ; n° 440, an XX, *id.*, n° 96.

Dans la pratique, le défaillant se présente, en notre matière de divorce, par l'absence du mari, qui est une cause de divorce, mais elle nécessite l'intervention du tribunal. Comme le Code civil actuel n'était pas encore en vigueur à ce moment-là, on eut tendance à recourir au Code des Ts'ing sur la disposition relative à l'autorisation du remariage pour la femme en cas de l'absence du mari. La Cour suprême déclara que cette procédure ne pouvait

plus s'appliquer dans un cas semblable, la femme qui veut se remarier doit demander le divorce et la convocation du mari est faite selon la procédure de sommation par voie publique (Déc. d'interpr., série *Yuan*, n° 383, an XIX et n° 583, an XX, R.H.L.D., n° 30 et 64).

Nous pouvons constater ici que le jugement par défaut après avoir connu une ère florissante fut supprimé enfin même en droit commun.

Ajoutons en passant une particularité de notre procédure dans l'action en divorce. La loi ne prit pas de dispositions pour interdire la reproduction des débats sur le divorce par la presse, c'est ainsi qu'elle laisse révéler les scandales de famille au public.

Tout dernièrement, une loi sur les publications fut votée par le Conseil législatif. L'article 20 de cette loi stipule seulement que « la presse ou autres imprimés ne doivent pas publier les débats d'un procès lorsqu'il y a huis clos prononcé par le tribunal ¹. Cette loi a été votée le 29 novembre an XIX (1930), elle est depuis mise en vigueur par une loi d'application datée du 7 octobre an XX (1931). Il est vrai que le huis clos est souvent prononcé en matière de divorce, mais cela n'empêche pas que lorsqu'il ne l'est pas, la reproduction des débats reste possible.

§ 5. — *Mesures provisoires prises pendant l'instance.*

A. — Généralités.

Dès que l'un des époux demande le divorce, le ménage devient si profondément troublé qu'il y a lieu de prendre immédiatement des mesures provisoires, concernant d'abord la séparation de résidence, puis l'entretien des

1. Cf. *Li fa tchouan k'an*, t. IV, p. 202.

époux, ensuite la garde des enfants, et enfin la conservation des biens.

L'article 544 Code de procédure civile nous dit qu'une fois l'instance engagée, le tribunal saisi peut, sur la requête, ordonner des dispositions provisoires touchant l'entretien pécuniaire ou la garde des enfants ainsi que d'autres mesures provisoires. Ces derniers termes comprennent notamment, d'après le commentaire de l'article 780 du premier projet de procédure, les mesures concernant la séparation de résidence.

Ce texte est incomplet en ce sens qu'il ne vise que les mesures provisoires que peut prendre le tribunal une fois saisi du litige. Or, nous savons qu'avant que le tribunal soit saisi, le demandeur doit entamer d'abord un préliminaire de conciliation. Dès le jour où la citation en conciliation est lancée, la cohabitation étant pénible pour les époux, les mesures provisoires deviennent urgentes.

L'article 544, Code procédure civile, dans son *in fine* indique les autres mesures provisoires qui comprennent, bien entendu, les mesures concernant la gestion des biens. Comme on vient de le voir, ces mesures sont prononcées par le tribunal saisi. Or, avant que l'action se présente devant le tribunal, il y a le préliminaire de conciliation. Pendant ce temps, on a lieu de craindre une mauvaise conservation des biens des époux, surtout depuis que les femmes ont le droit d'hériter de leurs parents, et sauf le régime matrimonial de séparation de biens, l'administration de la dot est laissée entre les mains du mari.

Dans l'attente que la demande de divorce arrive au tribunal, pour que la femme puisse obtenir des mesures nécessaires concernant la gestion de ses biens, ne se trouve-t-elle pas entièrement à la merci de son mari ?

Heureusement que dans ce cas, nous pouvons recourir aux mesures conservatoires de droit commun édictées spécialement pour protéger le créancier contre une difficulté d'exécution ultérieure de la part du débiteur.

La loi traite ces mesures dans une section spéciale de l'article 488 à 504 du code de procédure civile, intitulée *procédure conservatoire*.

Lorsqu'il s'agit d'une somme d'argent, pour ne pas courir le danger de perdre le recouvrement ultérieur, le créancier peut demander la saisie conservatoire devant le tribunal de première instance du lieu du domicile du débiteur ou du lieu de l'objet engagé, si la créance a une garantie. La saisie conservatoire ne peut être demandée que dans le cas où il y a crainte de non-exécution ultérieure ou difficulté de l'exécution de l'objet (art. 488, 489, 490).

Lorsqu'il s'agit d'un droit autre qu'une somme d'argent, le créancier, pour conserver l'exécution forcée, a le droit de demander les mesures conservatoires (art. 498, Code de proc. civ.). La demande est justifiée seulement dans le cas où il y a lieu de craindre la possibilité de l'exécution par le changement de l'objet du droit sur son état ou pour toute autre cause non définie (art. 498, al. II). Le tribunal compétent pour l'exécution forcée de ce droit statuera sur la demande ; en cas d'urgence, c'est le tribunal de première instance du lieu où se trouve l'objet du droit qui est compétent (art. 500, Code proc. civ.).

Afin d'éviter tout ennui dans l'administration de ses affaires, le débiteur peut demander au tribunal d'ordonner au créancier d'attaquer l'affaire au fond et cela dans un délai fixe (art. 495, Code de proc. civ.). Passé ce délai sans action intentée de la part du créancier, le débiteur peut demander au tribunal qui prononce la saisie conser-

vatoire d'annuler cette décision (art. 495, al. II, Code proc. civ.).

En cas de mesures conservatoires, le tribunal du lieu où se trouve l'objet du droit qui prononce ces mesures, doit fixer en même temps le délai dans lequel le créancier est invité de demander au tribunal compétent sur le fond de l'affaire à juger sur l'opportunité de ces mesures. Passé ce délai, s'il n'agit pas contre, le créancier verra ces mesures conservatoires annulées par le tribunal qui les a prononcées à la demande du débiteur (art. 503 Code de proc. civ.).

On voit par là qu'un créancier peut avant toutes les instances demander des mesures provisoires pour conserver son droit. C'est ainsi que par ces mesures de droit commun la femme peut se couvrir du danger de la mauvaise gestion de ses biens.

B. — Règles spéciales aux différents cas.

L'article 544 du Code de procédure civile ne pose que le principe, il faut chercher un peu partout les règles spéciales aux différents cas que nous allons exposer. Elles sont d'ailleurs très insuffisantes. Car nos législateurs ont toujours en vue de poser le principe directeur et de laisser les soins de détail au ministère de Justice au moyen des interprétations, lesquelles sont des solutions plus pratiques que la loi, ce travail est donc plutôt théorique.

1^o *Séparation de résidence.* — D'après l'article 1001, Code civil, le mari et la femme sont réciproquement obligés de cohabiter, à moins qu'il n'existe de justes motifs rendant la cohabitation impossible.

Ce devoir est réciproque. Par conséquent, le mari aussi

bien que la femme, quand il veut avoir une résidence séparée, doit y être autorisé par le tribunal.

D'après l'article 1002, la femme a pour domicile celui de son mari ; le gendre appelé a pour domicile celui de sa femme.

Donc, dans le premier cas, c'est la femme qui a besoin d'une autorisation pour quitter le domicile commun. Le mari doit aussi demander une autorisation pour habiter hors du domicile conjugal, quand il s'agit de gendre appelé. Notons en passant que cette pratique traditionnelle ayant pour but surtout la succession au culte, se perd de plus en plus.

Chose curieuse ! La loi, une fois posé ce principe ne nous dit pas si le tribunal fixe une résidence à l'époux qui est autorisé à avoir une habitation séparée. Elle est surtout muette sur les conséquences juridiques que doit subir un époux, par exemple la femme, quand elle quitte la résidence déterminée par le tribunal.

La séparation d'habitation ne semble pas avoir un effet important. Car, d'après notre loi, le délai de viduité que la femme doit observer avant de se remarier commence à courir seulement du jour de la dissolution du mariage. Or, même avec cette séparation de résidence, le lien matrimonial subsiste (art. 987 Code civil).

2° *Entretien des époux.* — Le devoir d'entretien est réciproquement imposé aux deux époux. L'aide pécuniaire doit être allouée à la femme comme au mari, quand l'un ou l'autre en ont besoin. En pratique, c'est la femme qui la réclame, quand elle a une résidence séparée, étant donné qu'elle n'a généralement pas de situation lucrative. Le Code civil fait remarquer que la femme, elle aussi, doit

subvenir aux besoins du mari si c'est utile. Cela afin de donner un contrepois au droit d'héritage que la loi lui fournit. On a voulu ainsi corriger notre mentalité traditionnelle qui mettait la femme sous la subordination du mari.

3° *La garde provisoire des enfants.* — L'article 1089 Code civil est conçu en ces termes :

« A l'égard des enfants mineurs, les droits et devoirs paternels respectifs seront exercés et assumés conjointement par les père et mère, à moins qu'il n'en soit disposé autrement par la loi. Les droits seront exercés par le père, si les père et mère ne sont pas d'accord sur leur exercice, et par l'un d'entre eux si l'autre ne peut pas les exercer. »

Normalement, le droit du père domine par l'exercice de la puissance paternelle, c'est donc lui qui a le droit de garder les enfants pendant le procès, mais diverses circonstances permettent au tribunal de prendre des mesures appropriées. Par exemple, le bas âge des enfants exige les soins maternels, et par conséquent la garde de ces enfants sera confiée à la mère. La loi envisage ici avant tout l'intérêt des enfants. Le tribunal a un pouvoir discrétionnaire, il peut confier les enfants à l'un ou à l'autre des époux selon les circonstances, ou même à un tiers. Cette disposition se trouve dans l'article 1055 code civil. Elle s'applique à la garde des enfants après le divorce, alors que les enfants sont en principe attribués au père. A plus forte raison, s'il s'agit de mesures provisoires, le tribunal est alors plus libre encore.

4° *La conservation des biens.* — Sous le seul régime de la séparation des biens, chacun des époux conserve la propriété et l'administration de ses biens, ainsi que le droit

d'en user et d'en percevoir l'usufruit (art. 1044 Code civil). Même si la femme a remis l'administration de ses biens au mari, elle a le droit de la reprendre en tout temps, elle ne peut même pas renoncer à ce droit (art. 1055 Code civil). La femme n'a rien à craindre dans ce régime pour la conservation de ses biens, dans l'instance en divorce.

Sous tous les autres régimes (régime légal, régime de communauté de biens, régime de l'universalité de biens) les biens propres de la femme (sans parler de la communauté) sont administrés par le mari qui, en principe, ne peut en disposer qu'avec le consentement de la femme, mais s'il passe outre, l'aliénation de ces biens est valable pour les tiers de bonne foi. Le défaut de cet assentiment n'est donc pas opposable aux tiers, à moins qu'ils n'aient pu connaître ce défaut, ou encore, à moins que, d'après les circonstances, on reconnût les dits biens comme appartenant à la femme (art. 1020 Code civil pour les biens propres ; art. 1033 pour les biens de communauté).

Imaginons-nous le danger que court la femme sur ces biens. Il faut donc prendre des mesures plus urgentes et efficaces, pour protéger la femme contre son mari qui, désormais, sera pour elle un ennemi redoutable. La meilleure solution de ce problème est évidemment d'enlever au mari l'administration des biens de la femme, dès le moment de l'introduction de la demande en divorce.

D'après le Code de procédure civile, le tribunal peut en cas d'urgence prendre des mesures conservatoires ainsi que toutes les autres dispositions provisoires et nécessaires. Voici les termes de l'article 501 Code de procédure civile, alinéa I : « Les moyens nécessaires concernant les mesures conservatoires sont fixés d'après l'appréciation du tribunal. » Et l'alinéa II de cet article continue : « Les

mesures conservatoires peuvent consister à nommer un administrateur sur le choix du tribunal et à ordonner ou à défendre au débiteur quelques actes utiles ou nuisibles ».

Le premier projet du Code de procédure civile, dont l'article 667 est l'origine de l'article 501 du Code actuel, réunit ces deux alinéas en un seul en commençant par énoncer les deux mesures conservatoires particulières que peut prendre le tribunal et en concluant sur toutes les autres mesures que le tribunal juge nécessaires de prendre. Le commentaire sous cet article estime qu'il est impossible d'énumérer dans une loi toutes les mesures nécessaires, il vaut donc mieux les laisser à l'appréciation des juges.

Le texte actuel (art. 501 Code proc. civ.) renverse l'ordre de ces dispositions en divisant l'article unique en deux alinéas. L'alinéa I pose le principe que le tribunal peut prendre toutes les mesures conservatoires qu'il juge nécessaires, et l'alinéa II indique les deux sortes de mesures qu'il peut prendre.

Ce changement, apparemment subtil, nous montre, que la loi caractérise la gravité de ces deux mesures particulières en les énumérant dans un alinéa distinct du principe général.

Dire que le tribunal peut défendre certains actes au débiteur et dire que le tribunal peut nommer sur son choix un administrateur en notre matière, cela doit être interprété par le fait que le tribunal peut retirer au mari l'administration des biens propres de la femme pour la confier librement, soit à la femme elle-même, soit à une personne étrangère.

D'après un arrêt n° 140, série *K'ang* an IV (*Kouo Wei*, A, p. 767), la Cour décide que le tribunal peut choisir comme administrateur une personne proposée par les

parties ou une personne étrangère hors de toute proposition, pourvu qu'il s'assure de la capacité de cette personne, afin de ne pas nuire aux intérêts des deux parties.

En ce qui concerne les immeubles, le tribunal doit faire inscrire les mesures conservatoires sur le registre d'inscription immobilière par le bureau d'inscription, si les dispositions des mesures conservatoires interdisent toute aliénation, toute constitution de droits réels ou toute transformation sur des immeubles (l'art. 501, al. III, Code proc. civ.) C'est une mesure de précaution nécessaire pour rendre ces dispositions opposables aux tiers.

Quant aux biens réservés, ils restent sous le régime de la séparation des biens (art. 1015 Code civil), c'est-à-dire que l'époux en conserve toujours la propriété et l'administration, et par conséquent qu'il n'a pas à craindre d'être frustré par l'autre époux.

Voyons maintenant en quoi consistent les biens réservés. D'après l'article 1013 Code civil, sont des biens réservés :

1^o Les objets exclusivement destinés à l'usage personnel du mari ou de la femme ;

2^o Les objets indispensables aux professions du mari ou de la femme ;

3^o Les donations reçues par le mari ou la femme si le donateur les a déclarées comme devant être réservées ;

4^o Les rémunérations que la femme acquiert par son travail.

§ 6. — *Fins de non-recevoir.*

La loi admet les fins de non-recevoir en notre matière, fins qui paralysent l'effet des causes de divorce. Elles sont de deux sortes :

Les unes tirées des principes généraux de la procédure :

1^o La prescription de l'action ;

2^o La péremption de l'instance après trois mois d'inter-
ruption (art. 184 Code proc. civ.).

3^o L'exception de la chose jugée, lorsque les faits allé-
gués ont déjà motivé une demande (additionnelle ou recon-
ventionnelle) en divorce qui a été repoussée (art. 539
Code de proc. civ.)

Les autres sont spéciales au divorce. Tels sont :

1^o La connivence dans l'adultère ou la bigamie ;

2^o La réconciliation des époux ;

3^o La mort de l'un des époux.

La péremption de l'instance et l'exemption de la chose
jugée n'offrent aucune règle particulière au divorce, nous
n'en parlerons donc pas. Restent les quatre autres fins de
non-recevoir que nous allons exposer.

A. — Prescription.

D'après le droit commun, la prescription ne court pas
entre époux. L'article 143 Code civil dit expressément
que la prescription entre époux ne s'accomplit pas tant
qu'il n'y a pas un an d'écoulé depuis la dissolution du
mariage. Donc, tant que dure le mariage, l'époux ou
l'épouse ne peut objecter la prescription l'un contre l'autre,
parce qu'elle ne court pas entre eux. Mais elle est permise
pour la demande de divorce lorsque les causes en sont la
bigamie, l'adultère, l'attentat contre la vie, la condam-
nation à trois ans d'emprisonnement ou plus, ou l'empri-
sonnement pour un délit déshonorant (art. 1053 *in fine*
et l'art. 1054 Code civil).

Pour les autres causes de divorce, il n'y a pas de pres-
cription ; elle serait dans ce cas inutile, ainsi pour les

mauvais traitements rendant la vie en commun impossible, l'abandon malicieux et continué, la maladie répugnante et la maladie mentale incurables ou l'absence, etc., étant donné que la disparition de ces événements entraîne en même temps l'extinction des causes de divorce, cela équivaut à une prescription immédiate.

Le Code actuel a raison de faire une distinction sur ces causes, distinction négligée par les projets antérieurs.

Durée de la prescription. — La prescription de droit commun est de quinze ans (art. 155 Code civil). En matière de divorce, le délai est beaucoup moins long, il varie suivant les causes et selon que les époux ont connaissance de ces causes ou non.

Pour la bigamie ou l'adultère, la demande en divorce n'est plus recevable si l'époux, en ayant connaissance, ne l'a pas faite dans les six mois ou si ne le sachant pas, deux ans se sont écoulés depuis le fait produit (art. 1053 Code civil).

Pour le dessein d'attentat contre la vie et les deux condamnations susdites, la demande en divorce n'est plus recevable, si elle n'est pas intentée dans l'année depuis la connaissance des faits, ou dans les cinq ans depuis que le fait s'est produit (art. 1054 Code civil).

Le délai varie suivant que l'époux a eu ou non connaissance des faits, cela se comprend facilement. Mais pourquoi la loi établit-elle une variation de délai suivant chaque groupe de causes, elle ne nous en donne pas l'explication. Serait-ce que le dessein d'attentat contre la vie ou les condamnations sont plus graves aux yeux de l'époux innocent que la bigamie ou l'adultère ?

Mais lorsque l'époux bigame est condamné à un empri-

sonnement de plus de trois ans (art. 254 Code pénal la peine maximum est de cinq ans), l'époux demandeur du divorce a deux délais de prescription à son choix, l'un plus court pour l'action fondée sur la bigamie, l'autre plus long ayant pour cause la condamnation d'emprisonnement.

B. — Connivence dans l'adultère ou la bigamie.

D'après l'article 1053 Code civil, dans le cas de bigamie ou d'adultère, la partie qui a le droit de demander le divorce ne peut plus le demander après avoir consenti à l'acte.

Nos lois anciennes considéraient le fait de favoriser ou de tolérer l'adultère d'une femme comme un cas de divorce obligatoire (chap. II, liv. XXXIII, *Ta Ts'ing lu li*). Le commentaire de cette loi explique qu'un tel mari n'est plus digne de l'être et, qu'en conséquence, la loi ordonne le divorce. Nous retrouvons la même opinion exposée par M. Capitant dans son Cours élémentaire de droit civil : « Du moment que l'union conjugale est dissoluble, dit-il, nous ne voyons pas quel avantage social ou privé il y a à maintenir le mariage d'un mari et d'une femme vivant dans les conditions où le mari provoque ou favorise l'adultère de la femme » (Colin et Capitant, Cours élémentaire de droit civil français, t. I, p. 211, n° 184 *in fine*).

Notre nouveau Code ne pense plus cela, il a pour but dans tous les cas de maintenir le mariage, tant que c'est possible. Par exemple, dans le cas qui nous intéresse ici, étant donné que l'époux non coupable a donné son consentement à l'acte — adultère ou bigamie — avant son exécution, il n'y a pas d'inconvénients qu'il en accepte les

conséquences définitivement. En effet, le maintien du mariage présente une grande importance tant qu'il existe des enfants communs.

Notons que notre jurisprudence, depuis longtemps considère la connivence de l'adultère comme une cause de fin de non-recevoir (Arrêts série *Chang*, n° 86, an IX, *Kouo Wei*, A, p. 788 ; n° 331, an IV, *id.* p. 232.

C. — Réconciliation des époux.

Ce cas de fin de non-recevoir est prévu par l'article 1053 Code civil, conçu en ces termes : « Dans le cas de bigamie ou d'adultère, la partie qui a le droit de demander le divorce ne peut plus le demander lorsqu'elle a d'abord consenti à l'acte ou lorsqu'elle l'a pardonné depuis ».

L'article 1053 ne fait allusion qu'à ces deux cas, car pour le dessein de l'attentat contre la vie et les condamnations, il y a prescription, laquelle est basée sur la présomption de la réconciliation (Exposé des motifs) ; pour les mauvais traitements rendant la vie commune impossible, il faut évidemment que la réconciliation se fasse de suite, car le tort présent causé ne peut être effacé par la réconciliation du passé qui a réparé seulement le tort de ce temps-là ; il en est de même pour l'abandon malicieux.

Il n'y a pas de réconciliation possible dans les mauvaises maladies ou les maladies mentales incurables, parce que le conjoint qui manifeste ce désir de conciliation espère la guérison de l'autre. Donc, l'acte de réconciliation est toujours fait à un moment bien incertain.

Quant à la preuve, elle doit être faite de toutes les façons. La recohabitation après une séparation de résidence est évidemment une réconciliation présumée. Ceci peut se rencontrer dans le cas où le tribunal rend une ordonnance

de sursis de procédure pendant six mois avec la séparation de résidence comme mesures provisoires. Si les époux, de leur propre volonté, habitent de nouveau ensemble, le divorce ne peut plus être prononcé.

Un arrêt récent (Arrêt série *Chang*, n° 348, an XVII (1928), R.A.C.S., t. I, p. 89) constate que, si une femme ayant commis l'adultère, obtient ensuite le pardon de son mari, grâce aux arrangements des parents, le tribunal ne peut plus prononcer le divorce dans le cas où le mari reviendrait sur ce pardon, à moins qu'il n'y ait récidive de la part de la femme.

Évidemment, il faut qu'il y ait réconciliation véritable ; le fait de cacher la faute des conjoints, simplement pour sauvegarder la réputation n'est pas une preuve de réconciliation (en ce sens, arrêt série *Chang*, n° 331, an IV, *Kouo Wei*, A, p. 232).

D. — Décès de l'un des époux.

La mort de l'un des époux est non seulement une fin de non-recevoir, mais encore elle arrête le cours de l'instance déjà engagée (art. 546 Code proc. civ.).

Le mariage étant dissous par la mort naturelle, la loi ne permet pas que le tribunal statue encore sur le froissement personnel des époux, devant les héritiers.

Le premier projet du Code de procédure civile adopta ce même principe (l'art. 784, projet Code proc. civ.). Le commentaire sous cet article dit notamment : « L'action en divorce est strictement personnelle, le droit d'intenter cette action n'est pas transmissible. Dès que l'un des époux est mort, le procès en cours est clos, même si l'instance est engagée. Cependant, le jugement sur les dépens peut poursuivre son cours ».

D'autres fins de non-recevoir contestées.

A. *La réciprocité des torts.* — La loi ne nous donne pas de textes à ce propos, mais nous pouvons trouver les cas d'application de fin de non-recevoir dans le mauvais traitement ou les condamnations.

a) Pour le mauvais traitement, la jurisprudence statue en ce sens. Ainsi il a été jugé que, bien qu'il y ait blessures, l'excès étant commis sous l'empire de la colère, le tribunal doit tenir compte des circonstances qui ont provoqué cet acte et statue sur l'admission ou non du divorce (arrêt série *Chang*, n° 264, an VII, *Kouo Wei*, A, p. 236).

Dans une autre décision, l'excès du mari n'est pas une cause suffisante pour le divorce, si cet excès est provoqué par la femme parce qu'elle manque de soumission aux parents (arrêt série *Chang*, n° 700, an VIII, *Kouo Wei*, A, p. 237).

b) Pour la condamnation, nous ne connaissons pas la jurisprudence qui statue sur ce cas. Mais supposons que les deux époux subissent chacun une condamnation à part, il est impossible d'admettre que l'un d'eux puisse se plaindre du déshonneur de l'autre.

B. *Cas du retour d'un époux absent.* — Dans les premiers projets en rédaction, nous trouvons la fin de non-recevoir pour ce cas parmi tant d'autres dans le texte, mais cette disposition a disparu dans la rédaction définitive. Peut-être croit-on qu'il est inutile de le dire, puisqu'il s'agit d'une chose évidente.

Un article du Code de procédure civile déclare cependant que le tribunal doit arrêter la marche de la procédure sur la déclaration de l'absence, avant la confirmation du

fait, lorsque l'absent prétendu se déclare présent et que le requérant du jugement le nie (art. 593).

Donc avant confirmation de l'absence de l'époux, l'autre partie ne peut demander le divorce pour cette cause. Le tribunal doit refuser à statuer sur cette demande.

§ 7. — *Voies de recours.*

Au point de vue des voies de recours, nous n'avons pas de règles spéciales dans notre matière de divorce, elle suit le droit commun. Mais notre procédure civile présente certaines particularités intéressantes qu'il est bon de rappeler ici.

A. — **Pas d'opposition.**

Nous avons vu que notre code de procédure civile n'admet pas le jugement par défaut et qu'en conséquence, l'opposition n'existe pas.

B. — **Recours en cassation.**

Notre recours extraordinaire en cassation ne s'appelle pas le pourvoi, mais « appel devant la juridiction de troisième degré ». L'appel proprement dit s'appelle « appel devant la juridiction de second degré ».

L'appel devant le tribunal de troisième degré ressemble au pourvoi en ce que la Cour suprême ne statue que sur des causes et cas déterminés, et qu'elle juge en droit et non en fait. Mais l'appel se différencie du pourvoi par les points suivants :

a) La Cour Suprême est non seulement une Cour de Cassation, mais encore une véritable juridiction d'appel de troisième degré, bien entendu elle ne remplit la fonction d'appel que dans des cas déterminés. Ordinairement, elle

casse des arrêts et fait juger de nouveau l'affaire par une Cour d'appel de second degré.

Notons immédiatement ici deux particularités :

1^o La Cour suprême peut faire retourner l'affaire à une Cour d'appel de second degré autre que celle qui a rendu l'arrêt cassé (art. 445, al. I, Code proc. civ.) ou tout simplement à la même Cour.

2^o La Cour chargée de juger l'affaire à nouveau doit prendre comme base pour son jugement la thèse de la Cour suprême ; elle n'est pas libre de statuer à son gré (art. 445, al. II, Code proc. civ.)

La Cour suprême juge l'affaire elle-même dans les deux cas déterminés par l'article 446 Code de procédure civile.

1^o Lorsqu'il y a eu mauvaise application de la loi sur des faits cependant bien établis ;

2^o Lorsque le premier jugement est cassé uniquement parce que l'affaire n'est pas de la compétence des tribunaux ordinaires.

On voit par là que notre Cour suprême est limitée comme une juridiction de troisième degré à juger des faits déjà établis.

b) D'après notre loi, la décision pendant le délai d'appel, suspend l'exécution du jugement (vingt jours après la signification). L'article 389 Code de procédure civile décide que : « Un jugement acquiert force de chose jugée lorsqu'il n'y a pas d'appel une fois le délai d'appel passé. Et l'alinéa II de ce même article continue : « Une décision non susceptible d'appel obtient force de chose jugée dès qu'elle est prononcée ou signifiée ».

Comme notre pourvoi n'est qu'un appel de troisième degré selon l'article 433 Code de procédure civile pour une décision de second degré relative à une action pécuniaire,

son appel n'est plus recevable si le montant du litige ne dépasse pas 300 dollars. Mais il est à remarquer que le divorce n'est pas une action purement pécuniaire, l'appel est donc toujours possible.

D'après l'article 389, le délai d'appel a l'effet suspensif. A plus forte raison lorsqu'il s'agit d'un pourvoi; donc cet article s'applique ici.

Cette règle est, bien entendu, de droit commun. Mais elle convient surtout à notre matière dont l'exécution d'un jugement ou d'une décision attaquée ensuite peut entraîner des conséquences particulièrement graves (par exemple une femme ayant obtenu le divorce et s'étant remariée voit le premier jugement cassé). Voilà encore un cas où notre législateur a tendance de généraliser une mesure de prudence ordinairement réservée à l'action du divorce.

Ajoutons enfin que l'effet suspensif du délai d'appel ne s'applique pas à l'appel du jugement ou arrêt avant dire droit (art. 458 Code proc. civ.).

C. — Revision.

En dehors de l'appel, nous avons encore comme voie de recours la révision qui est un recours extraordinaire consistant à faire examiner de nouveau par les mêmes juges un jugement ou arrêt définitif ayant déjà force de chose jugée, pour des causes limitativement déterminées par la loi (art. 461 Code de proc. civ.).

On fait remarquer généralement le danger grave que cette révision peut présenter dans l'application possible de ce recours extraordinaire; elle peut par exemple, remettre en question un divorce exécuté suivi de remariage.

Cependant notre loi ne l'exclut pas, même en matière de divorce.

Le délai de ce recours est de trente jours à partir du moment où la décision acquiert force de chose jugée (art. 464, al. I, Code de proc. civ.). Il commence à courir du jour où l'on trouve des faits nouveaux ou que l'on en prend connaissance, si ces découvertes ont lieu après le jugement. La possibilité d'ouverture de ce recours est pourtant limitée à cinq ans (art. 464, al. II, Code de proc. civ.). Un cas cependant fait exception à cette règle ; le recours est admis indéfiniment quand il s'agit de l'irrégularité de la représentation *ad litem* de la partie (art. 464, al. III, Code de proc. civ.).

Le jugement de révision n'est pas opposable envers le tiers de bonne foi, s'il a acquis des droits avant la demande de révision (art. 471 Code de proc. civ.).

A lire ce texte, on peut se demander si cet article ne va pas jusqu'à valider le mariage d'une personne, bien entendu de bonne foi avec l'un des divorcés. Nous en doutons fort. Quand le législateur a établi cette règle, il a eu en vue les intérêts pécuniaires que les tiers de bonne foi peuvent avoir en général, il n'a pas pu envisager un cas si délicat.

D. — Questions d'acquiescement et de désistement.

La question que nous allons examiner se pose ainsi : L'acquiescement au jugement ou arrêt qui prononce le divorce ou le désistement de la partie perdante qui a interjeté l'appel (la demande du divorce du demandeur étant accueillie par le tribunal de première instance) est-il possible ?

En droit français, pour réserver jusqu'au dernier jour

l'exercice d'une voie de recours qui aura peut-être pour effet d'empêcher le divorce en amenant la réformation de la décision qui l'a admis, la loi ou la jurisprudence les interdit.

Notre loi, pas plus que notre jurisprudence n'édicte pareille interdiction, bien que nos législateurs soutiennent toujours que pour les actions intéressant l'ordre public, les parties ne peuvent disposer de leurs droits. C'est ainsi que la loi n'admet pas l'aveu en matière de preuve, non plus la condamnation du défendeur, uniquement parce qu'il fait défaut, même si le jugement par défaut est admis en droit commun comme dans le premier projet du Code de procédure civile et dans le code de procédure civile révisé.

Nous ne nous plaignons pas de ces dispositions rigoureuses, tant que le divorce par consentement mutuel est admis par la loi, car toutes ces mesures ne sont prises que pour empêcher le divorce par consentement mutuel déguisé.

Nous pouvons même justifier cette non-interdiction de notre loi. Car, avant tout, le divorce est déjà prononcé par un tribunal, fût-ce de première instance, ce jugement est un acte sérieux qui donne des garanties, malgré qu'il soit sans appel, la loi n'a donc rien à craindre d'un acquiescement ou d'un désistement. Par conséquent, le jugement peut être exécuté même avant l'expiration du délai d'appel lorsqu'il y a acquiescement.

§ 8. — *Exécution du jugement ou arrêt.*

Quand un jugement ou arrêt est rendu sur le divorce, il est exécutoire lorsqu'il est devenu définitif et irrévocable. Nous n'avons rien à signaler de particulier sur l'exécution

de la décision en divorce, elle suit son cours normal comme en droit commun.

Pour la transcription du jugement ou arrêt du divorce, nous avons une loi sur les actes d'état civil promulguée le 19 décembre an XX (1931), mais dont la mise en vigueur est retardée. Même si cette loi est appliquée, la transcription prescrite n'a d'autre sanction qu'une amende d'un demi-dollar ou de 10 dollars au maximum lorsque les parties ne remplissent pas cette formalité après la mise en demeure (art. 125 de cette loi) (*Hien tcheng ta kuan*. Collection des lois concernant l'administration de la sous-préfecture, t. IV, p. 25). Le jugement non transcrit est quand même opposable aux tiers. On voit que la transcription du jugement n'a aucune influence sur l'effet de la décision.

La loi a créé différents registres d'actes d'état civil, selon les matières ; ils sont au nombre de neuf (art. 24 de cette loi, même référence que précédente). Ainsi les événements dans la vie d'une personne ne se trouvent pas inscrits sur un même registre, le système est donc défectueux. Il est loin de donner les résultats que l'on en attendait.

La publication du jugement qui consiste en l'affichage et l'insertion dans les journaux, n'est obligatoire que quand une partie est absente, comme dans le cas où la cause de divorce est l'absence de l'époux (voir la loi sur la sommation par voie publique, art. 152 et suivants du Code de proc. civ.).

Cependant, en pratique, un extrait du jugement ou arrêt prononçant le divorce est toujours inséré par le greffier, aux tableaux exposés dans la salle d'audience des tribunaux ; de plus, pareil extrait peut être inséré sur la demande des parties, dans un ou plusieurs journaux,

même si elles sont toutes présentes, afin que le public en soit averti.

C'est une mesure de prudence que les gens ne manquent pas de prendre, surtout si l'affaire est embrouillée. Mais la loi est muette sur cette question.

CHAPITRE II

LE DIVORCE PAR CONSENTEMENT MUTUEL

Le code actuel adopte le divorce par consentement mutuel sans grandes discussions. On n'a d'autre raison que la raison historique. On l'adopte parce qu'il existait déjà depuis la Dynastie des T'ang en Chine (Exposé des motifs concernant l'art. 1049 Code civil).

Or, nous avons vu dans notre première partie que quoique ce divorce existât depuis la Dynastie des T'ang, cependant jusqu'à la veille de la Révolution, il n'était qu'en théorie, en fait le public l'ignorait. Ce n'est que depuis la Révolution que la Jurisprudence avec l'arrière-pensée de mettre en vigueur le projet du Code civil, commence à faire ressortir le véritable caractère de ce divorce d'accord. Et cela aussi parce que nos juges s'en servent comme palliatif dans certaines circonstances épineuses, notamment pour régulariser des unions ayant pour origine la vente de la femme par son premier mari.

Ce n'est qu'à la suite de ces cas que les journaux nous apprennent que le divorce d'accord au sens littéral du mot, existe en pratique. C'est ainsi que par la voie de la presse, des époux font savoir au public qu'ils sont d'accord pour se séparer, et que désormais chacun d'eux pourra librement contracter un autre mariage.

Mais là encore, il faut remarquer que, bien que la jurisprudence l'ait mis en pratique, le divorce d'accord n'est en usage que dans les grandes villes et non à l'intérieur du pays. Et comme les provinces centrales contiennent une population considérable, on voit par là que ce divorce est encore loin d'être popularisé. Le divorce par consentement mutuel n'existant donc que dans une toute petite portion du pays, il n'est point entré dans les mœurs de l'ensemble.

Cela nous montre que l'argument historique ne repose sur rien de sérieux et que la Chine peut fort bien se passer de ce divorce d'accord.

Quant à l'usage que la jurisprudence fait du divorce par consentement mutuel, en tant que palliatif, on peut en saisir facilement la portée ; qui dit palliatif dit mauvais remède. La vente de la femme par le mari ou le fait que la femme se fait vendre par son mari, fait dont la jurisprudence avait en vue de régler les conséquences, a été créé pour la seule raison qu'autrefois le mariage semblait revêtir une forme de vente, étant donné que l'envoi de présents à la famille de la fille par la famille du futur mari était l'une des deux conditions nécessaires et suffisantes pour la formation du mariage. Croyant donc que le mariage n'était qu'une sorte de vente, il essaya de le défaire par une autre vente du mari ou un rachat de la femme. Aussi le Code civil écarta cette condition de la formation du mariage (voir art. 972 et 982 Code civil.) L'erreur ne peut donc plus être possible. Par conséquent, il n'y a plus de vente ni de revente ou de rachat à redouter. La raison pratique qui détermina la jurisprudence à employer le divorce par consentement mutuel n'existe donc plus.

Cependant, il ne s'agit pas de discuter ici l'administration

du divorce par consentement mutuel dans le Code civil, les articles 1049, 1050 et 1051 sont consacrés spécialement à cette admission. Si nous insistons sur ce point, c'est que nous considérons ce divorce d'accord comme le plus dangereux. On doit l'écarter autant que possible. Il vaut mieux prévoir le danger avant qu'il n'existe que de chercher à y remédier quand on en est sur la pente. On sait que ce divorce existait depuis longtemps en Chine, on ne s'inquiète pas de constater qu'il n'existait qu'en théorie. C'est une grande erreur, qui pourra avoir de graves conséquences.

Peut-être nous objectera-t-on qu'il est inutile d'admettre le divorce pour causes déterminées sans le divorce par consentement mutuel, puisqu'on peut toujours divorcer par consentement mutuel en invoquant d'accord, une cause valable, mais inexistante. C'est là sans doute un défaut du divorce judiciaire, mais ce n'est pas une raison suffisante pour admettre le divorce par consentement mutuel. En France, par exemple, le fait que les tribunaux prononcent des jugements d'accord en matière de divorce et d'admettre indirectement par là le divorce d'accord, malgré la loi, est une faute que commettent les juges, mais non pas une raison pour établir le divorce par consentement mutuel.

En tout cas, il est admis par notre Code. Il ne s'agit donc pour nous que de l'étudier tel qu'il est réglé d'après le Code.

Tout d'abord, quel est le principe qui domine le divorce par consentement mutuel ?

Si nous ne prenons que le Code civil, les textes semblent nous dire que ce divorce est fondé sur le *mutuus dissensus*. Le rédacteur nous dit dans l'exposé des motifs que le majeur apte de contracter tout seul un mariage est apte

de la même façon de divorcer, que le divorce est un acte juridique comme un autre, la loi n'exige pas d'autres conditions pour cela (exposé des motifs concernant l'art. 1049).

Donc, il semble que le mariage n'est pas plus protégé que d'autres contrats civils ; le consentement des deux parties suffit pour le former, il suffit aussi pour le dissoudre.

Heureusement, nous trouvons d'autres textes de loi qui relatent l'intention de nos législateurs d'attacher une importance plus grande au mariage. Nous avons vu dans le chapitre de procédure du divorce que nos législateurs reconnaissent que le mariage renferme non seulement un intérêt privé, mais aussi un intérêt social. C'est pour cela qu'ils édictent des règles de procédure spéciales à l'action en divorce ainsi que pour toutes les actions matrimoniales. Leur principe directeur est qu'en matière matrimoniale, les parties ne peuvent disposer librement de leurs droits sans tenir compte de l'intérêt général de la société. Il est clair qu'il ne peut pas en être autrement pour le divorce, qui doit être dirigé par le même principe. D'ailleurs, cela est confirmé aussi par certaines dispositions du Code civil au point de vue des conditions du divorce par consentement mutuel.

1^o *Condition de fond.* — Comme c'est un divorce par consentement mutuel, la condition essentielle est le consentement personnel des deux époux.

Évidemment, selon les règles de droit commun, ce consentement doit être librement donné par chaque époux, c'est-à-dire qu'il ne doit pas être vicié.

En plus, pour que le consentement soit valable, il faut que l'époux qui le donne soit capable.

Nous avons vu que notre loi n'admet pas l'incapacité

de la femme mariée. Si une femme est capable, elle reste capable après son mariage. Donc, pour le divorce d'accord, elle peut donner valablement son consentement, non seulement sans autorisation maritale, mais même sans assentiment préalable des parents.

Pour un interdit judiciaire, — notre loi n'admet pas d'autre interdiction — en matière de divorce judiciaire, nous avons vu que le tuteur peut le défendre seul. Mais pour intenter une action au nom de l'interdit, le tuteur doit demander l'autorisation du Conseil de famille. Est-ce que cette règle s'applique ici ? Et si oui, pour donner le consentement au divorce au nom de l'interdit, le tuteur doit-il être autorisé par le Conseil de famille ? Nous estimons que dans un divorce par consentement mutuel, l'initiative émane en principe de l'un et de l'autre des deux époux. Donner le consentement à un divorce d'accord équivaut à faire une demande de divorce en justice. La gravité est la même dans les deux cas. Si la loi permet au tuteur de l'interdit de donner pour lui le consentement au divorce — mais nous doutons que le tuteur ait ce pouvoir — l'autorisation du Conseil de famille est au moins nécessaire.

Évidemment, nous n'avons aucun intérêt pratique à discuter cette question, puisque l'autre époux peut toujours demander judiciairement le divorce pour cause de maladie mentale, s'il veut absolument la séparation.

Reste la question de la minorité de l'époux. En droit commun, l'époux mineur est émancipé par le fait même de son mariage (art. 13 du Code civil). Et la loi ne met pas de restriction à la capacité d'un émancipé. Ainsi nous avons vu qu'un mineur peut demander ou défendre valablement une action en divorce.

Mais il en est différemment pour le divorce par consentement mutuel. La loi se montre ici plus exigeante. Par un texte formel, elle déclare que pour que l'époux mineur — donc émancipé — puisse faire une demande de divorce par consentement mutuel, il faut réunir une condition complémentaire. Pour que son consentement personnel soit valable, il faut que le mineur ait obtenu l'assentiment de son représentant légal. L'article 1049 dit en effet : « Le mari et la femme peuvent divorcer eux-mêmes lorsqu'ils y consentent mutuellement, mais un mineur doit avoir l'assentiment de son représentant légal. »

C'est ici que la loi montre son intention de protéger le mariage qui intéresse en même temps l'ordre public et l'intérêt privé. Au premier abord, exiger le consentement du représentant légal pour qu'un mineur soit apte à faire un acte juridique, ceci semble tout naturel. Mais sait-on que ce consentement n'est pas exigé dans le cas d'un divorce judiciaire, parce que l'appréciation d'un juge offre assez de garantie et qu'il n'est obligatoire que dans le cas de divorce d'accord parce que l'intervention de la justice n'y est pas. L'intention protectrice du législateur est donc manifeste. Le mineur émancipé peut accomplir seul tous les actes juridiques, excepté le divorce par consentement mutuel, c'est évidemment parce que la loi considère que le divorce par consentement mutuel est le plus important de tous les actes.

En dehors de cette condition supplémentaire, lorsqu'il s'agit d'époux mineur, le rédacteur du Code regarde encore comme une mesure de garantie pour le mariage la réunion du consentement des deux époux (Exposé des motifs sous l'art. 1049). En effet, comme nous l'avons dit dans notre première partie, étant donné les mœurs de

n'épouser qu'un seul mari dans toute sa vie, c'est une fort grande difficulté d'obtenir le consentement de la femme pour pouvoir divorcer. Le refus de la femme était un obstacle considérable au divorce d'accord sous l'Empire. Mais peut-on en dire autant aujourd'hui ? En tout cas, s'il en est de même encore aujourd'hui, il n'est pas dit que ce soit pour toujours. C'est notamment pour cette raison que nous préférons chercher la garantie dans l'institution elle-même que dans la conscience de ceux chargés de la mettre en pratique.

2^o Condition de forme du divorce par consentement mutuel.

— Notre ancienne loi ne parlait pas de forme. La jurisprudence précédant le Code civil n'en parlait pas non plus. Elle demandait seulement que les parties puissent faire la preuve de leur consentement mutuel.

Aussi, un arrêt de l'an VIII, n^o 1115, *Kouo Wei A*, p. 237, décidait que comme il n'y a point de forme déterminée par la loi, il suffit qu'il y ait une preuve quelconque. Même un acte non signé ni cacheté est considéré comme preuve suffisante.

Une autre décision décidait que la preuve est suffisante lorsque les parties ont manifesté leur commune intention de divorcer au cours d'un procès (Décisions d'interprétation, n^o 1222 et 1231, an IX, *Kouo Wei*, I, p. 703 et 708).

Mais la pratique est arrivée à exiger toujours un acte écrit de bonne forme. (*Ming chang che si kouan t'iao tch'a pao kao lou*, Recueil de coutumes relatives aux affaires civiles et commerciales, p. 1510, 1560 et 1605). On ne se contente plus d'une simple signature. On exige même pour l'acte de divorce l'empreinte digitale (*id.*, p. 1395 et 1682). D'autres coutumes consistent à réunir le

consentement et le témoignage des parents (*id.*, p. 1682).

Le Code civil exige à peu près les mêmes conditions que celles exigées par les coutumes. Article 1050 : « Le divorce par consentement mutuel s'effectue par écrit et requiert la signature de deux témoins au moins. »

Il va sans dire que si le ou les époux sont mineurs, il faut réunir en outre la signature du représentant légal ou tout au moins un écrit attestant son assentiment.

Mais à propos de la signature, il y a une différence entre la coutume et le Code civil. Tandis que la coutume préfère l'empreinte digitale, le Code préfère la signature. Article III, alinéa I : « Lorsqu'une personne appose une empreinte digitale..., au lieu et place de signature, cette marque produit les mêmes effets qu'une signature, si elle est certifiée dans le document par la signature de deux témoins. »

En dehors de cela, la loi n'exige pas d'autre condition. L'intervention de l'autorité n'est pas utile. Cependant, si la loi veut rester fidèle à l'idée de protéger le mariage, cette intervention serait nécessaire.

Quant à l'égard des tiers, une loi promulguée, mais non encore en vigueur, concerne la transcription, mais n'en fait pas un cas de nullité ; d'après les lois sur les régimes matrimoniaux, d'une façon générale, les tiers de bonne foi sont protégés (art. 1020, 1033 Code civ.).

Quant aux autres questions, la loi n'en parle pas. Tout est laissé à l'arrangement des époux qui doivent en décider d'un commun accord.

Seule la question de la garde des enfants est réglée par l'article 1051 : « Après le divorce par consentement mutuel, la tutelle des enfants demeure au mari, mais

lorsqu'il en est autrement convenu, on peut déroger au règlement. » Ceci est d'ailleurs commun au divorce judiciaire. Les autres questions relatives aux effets ne présentent pas non plus de particularité. Nous les étudierons au chapitre iv.

CHAPITRE III

CAS SPÉCIAL DE LA DISSOLUTION DU CONTRAT DE CONCUBINAGE

A côté du mariage, il existe en Chine le concubinage qui était autrefois formellement reconnu par la loi. Aujourd'hui, bien qu'il soit expressément ignoré par les rédacteurs du Code civil, cependant la jurisprudence est obligée d'en tenir compte bien souvent.

La dissolution du concubinage ne suit pas les mêmes règles que celles d'un divorce. C'est pour cela que nous lui avons consacré un chapitre spécial.

Mais pour bien comprendre ce qu'est la dissolution du concubinage, nous sommes obligés de jeter un coup d'œil sur l'ensemble de l'institution, parce que cette dissolution dépend de la nature que la loi lui attribue.

La raison d'être du concubinage s'explique par l'ancienneté de son institution ; il remonte aux temps primitifs pour ainsi dire. On trouve le nom de concubine, *ts'ie*, dans le *Lî ki*.

Son utilité était ainsi démontrée, à savoir : 1^o pour assurer un héritier mâle au maître ou pour lui en donner plusieurs ; 2^o pour partager les charges du ménage (Tchen Kou-yuan, *Histoire du mariage de la Chine antique*, p. 56).

Aussi plus le maître est puissant et sa famille plus grande,

plus le nombre de concubines augmente. Depuis l'Empereur qui peut posséder 120 concubines jusqu'à un simple lettré qui ne peut en posséder qu'une, il y a toute une hiérarchie de nombre de concubines que peuvent posséder les gens de différentes classes ¹.

Quant aux gens du peuple, de tout temps on trouve des exemples qui prouvent qu'ils en possédaient aussi ². Et la loi des Ming décida expressément qu'un homme du peuple peut avoir une concubine s'il reste sans enfant mâle jusqu'à sa quarantaine. Mais la violation de cette loi n'annule pas le concubinage, l'auteur est passible d'une simple peine correctionnelle ³.

Dans la pratique, la possibilité de prendre une concubine ou le nombre de concubines qu'il est permis de prendre sont limités beaucoup plus par une question financière que par la loi. Avant comme après les Ming, les autres codes dynastiques ne contiennent aucune restriction à ce propos ⁴.

Aussi, aux deux raisons antérieures faut-il en ajouter une troisième, laquelle échappe à la morale, celle de satisfaire les passions. Et c'est bien cette troisième qui domina les deux autres. On voit ainsi des hommes pères de plusieurs garçons, prendre cependant des concubines et quelquefois même en grand nombre.

Quant au procédé de concubinage, il se présente de deux manières différentes, soit par un acte de vente, soit par la volonté de la femme qui se donne d'elle-même au maître.

1. Tchao Fong-kiai, *Situation juridique de la femme en Chine*, p. 84.

2. Code des Ming, t. IV, liv. VI, p. 9, chapitre : *Interversion de l'ordre entre les femmes principales et secondaires*.

3. Tchen Kou-yuan, *Histoire du mariage de la Chine antique*, p. 60 à 61.

4. Tchao Fong-kiai, *Situation juridique de la femme en Chine*, p. 86.

Mais le Code des T'ang exige toujours un contrat écrit ¹. Dans la pratique, ce contrat n'est souvent pas autre chose qu'un acte de vente.

Conditions de la concubine devant la loi. — Depuis le Code des T'ang jusqu'au Code des Ts'ing, l'institution de la concubine reposait sur une base très précise ; la loi la mettait à côté de la femme. Nombreuses dispositions se rencontrent souvent communes à la femme et à la concubine. Cependant, à n'importe quelle époque, la concubine ne fut jamais traitée de la même manière que la femme principale. Tandis que l'épouse est la compagne de son mari et d'une condition égale à la sienne, la concubine n'est qu'une esclave au service du maître, esclave de condition humble et vile ².

La conséquence en est que la concubine est beaucoup moins protégée que la femme. Pour ne parler que de ce qui fait le sujet de notre étude, sauf pour l'une des sept fautes citées dans les chapitres précédents, la femme principale ne peut pas être répudiée selon le bon plaisir du mari. Au contraire, pour la concubine, tant qu'elle est agréable au maître, elle est gardée ; mais dès qu'elle lui devient déplaisante, elle est renvoyée. Ce renvoi n'a aucune suite judiciaire ³.

D'autre part, il est bien entendu que la concubine pas plus que la femme principale ne pouvait jamais se séparer d'elle-même de son maître ⁴.

1. *Id.*, p. 88.

2. *Ta Ts'ing lu li*, 5^e commentaire supérieur du chapitre 11 du livre XXVIII.

3. *Ta Ts'ing lu li*, loi principale, 1^{re} du chap. xvi du liv. X et le 5^e commentaire supérieur du chap. 11 du liv. XXVIII.

4. *Id.*, loi 3 *in fine* du chap. xvi du liv. X.

Le maître a le droit de renvoyer sa concubine quand elle ne lui plaît plus ; mais il ne peut que la renvoyer, la loi ne lui permet ni de la vendre ni de la donner en location ¹.

Le maître ne peut non plus contraindre sa concubine à commettre l'adultère, ni la marier à un mandarin dans l'espoir d'obtenir gain de cause ².

En effet, ce sont là des cas de divorce obligatoire d'autrefois ; comme l'ordre public est intéressé à cette question, la loi dynastique traite la concubine de la même façon que la femme sur ce point.

Enfin, il va sans dire que pouvant le plus, on peut le moins, le maître, s'il le veut, peut se séparer d'un commun accord avec sa concubine.

Tel fut le système du concubinage jusqu'à la Révolution.

La Révolution voulut détruire cette fausse monogamie ; on regarda alors le procédé du concubinage comme une injure profonde faite à la femme par l'homme. On désire établir l'égalité en imposant la monogamie proprement dite. C'est ainsi que, ni dans les projets du Code civil, ni dans le nouveau Code pénal provisoire, on ne trouve plus de statuts concernant la concubine.

Mais la succession au culte des ancêtres n'étant pas supprimée, la possession de concubines reste nécessaire à ceux qui n'ont point de fils de la femme principale ; bien que ce ne soit qu'un prétexte en réalité, on y tient toujours beaucoup.

Comme, d'autre part, aucune loi n'interdit expressément cette institution, le concubinage persiste en fait ; nos législateurs sont obligés de le tolérer malgré eux.

Ainsi le Président Yuan Che-k'ai (2^e Président de la

1. *Id.*, chap. II, liv. X et chap. II, liv. XXXIII.

2. *Id.*, loi principale 1, chap. II, liv. XXXIII et chap. IX, liv. X.

République chinoise), — cela aussi dans un intérêt personnel — promulgué par décret du 24 décembre an III (1914), les articles supplémentaires du Code pénal provisoire dont l'article 12 déclare que toutes les dispositions du dit Code, concernant la femme, sont applicables à la concubine¹. Ce qui équivaut à une reconnaissance de la concubine par la loi positive.

Mais au point de vue du droit civil, nous n'avions pas d'autre texte sur la concubine que le Code des Ts'ing encore en vigueur à ce moment-là. Or, les dispositions de ce Code sont souvent inadmissibles devant les principes républicains. Il fallut donc les compléter et les interpréter autrement. A cet égard, le *Ta li yuan* fit vraiment une œuvre remarquable.

Il s'attachait au fait que le concubinage est formé par la conclusion d'un contrat intervenu entre le chef de famille et la concubine. Il fait produire à ce contrat tous les effets en tant que contrat, mais en revanche, il atténue en lui tous les effets touchant le point de vue familial². Il est certain que tout en donnant un statut convenable à la concubine, il faut protéger aussi le mariage contre le concubinage.

Ainsi dans les arrêts n° 840, an V, n° 86, an VI (*Kouo Wei A*, p. 209), le *Ta li yuan* déclarait que le lien de concubinage est né d'une sorte de contrat, et dans l'arrêt n° 106, an VIII, (*id.*, p. 211) que ce contrat est un contrat innommé. Ce qui montre qu'il ne correspond en aucune

1. Voir décision n° 609, série *Yuan* du 30 octobre, an XX (1931) R.H.L.D., n° 72.

2. J. Escarra, *Rapport présenté au Conseil législatif du gouvernement national*, p. 12. — Recueil des sommaires de la jurisprudence de la Cour suprême de la République de Chine en matière civile et commerciale, 2^e fascicule, note 157, p. 270.

façon au mariage. Mais c'est un contrat tout de même.

La conséquence de ce caractère contractuel est que, pour qu'il y ait contrat, il faut le consentement de la concubine. C'est ainsi que de nombreuses décisions déclarèrent que dans le cas de *kien t'iao chouang ts'i*, ou succession à deux branches où l'héritier épouse une femme légitime dans chaque branche, la dernière femme n'est considérée comme concubine que si elle y consent, sinon il faut lui permettre de se séparer de l'héritier unique ¹.

Pour la dissolution irrégulière du lien, ce qui correspond au divorce, du mariage, la conséquence en est qu'étant un contrat formé par l'accord de deux volontés, il peut être dissous aussi par l'accord mutuel. Le divorce par consentement mutuel est donc admis. Un arrêt de l'an VII, n° 132, série *Chang* (*Kouo Wei*, A, p. 235), décide que pour le divorce par consentement mutuel, la concubine doit donner son consentement personnel, comme pour une femme principale.

Le concubinage est un contrat. Mais tout comme le mariage, le concubinage est un contrat d'une nature particulière. Tandis que le mariage diffère des autres contrats par le fait que la loi souhaite sa continuité, le concubinage en diffère par le fait que la loi souhaite sa dissolution. Ce dernier point est au moins vrai d'après la jurisprudence du *Ta li yuen*, lorsque la Cour suprême décide que le concubinage peut être dissous par la volonté unilatérale du maître ou de la concubine à tout moment si le maître ou la concubine se trouvent dans une circonstance rendant la continuation impossible.

1. Décisions n° 617, *Kouo Wei*, I, p. 340 ; n° 939, *Kouo Wei*, I, p. 522 ; n° 1188, *Kouo Wei*, I, p. 679.

La jurisprudence ne donna pas une détermination bien précise à cette circonstance. Cependant les excès et sévices du maître ou de la femme principale sont considérés comme une circonstance de ce genre ¹.

Ce terme est très vague. Il doit évidemment contenir tous les cas où l'on trouve une cause suffisante pour demander le divorce. Mais nous croyons que la jurisprudence ne se montre pas sévère à cet égard.

D'ailleurs, la dissolution du concubinage n'est point nécessairement soumise à l'intervention de la justice. Le plus souvent on s'arrange à l'amiable. Mais si les parties portent la cause devant le tribunal, le juge, alors, doit statuer. Seulement à la différence du divorce proprement dit, les règles spéciales de procédure ne sont pas applicables dans ce cas ².

Ce système de dissolution par la volonté d'un seul est fort préjudiciable pour la partie innocente. Aussi, comme pour toute dissolution de ce genre, dans un contrat synallagmatique, la partie qui a subi un préjudice peut réclamer des dommages-intérêts à l'autre. D'après l'arrêt n° 1237, an III (*Kouo Wei A*, p. 210), si la difficulté est insurmontable par suite de la mauvaise foi ou de la faute du chef de famille ou encore d'un membre quelconque de la famille, une indemnité équitable ne peut être refusée à la concubine qui en fera la demande. Mais si les difficultés proviennent de la concubine, le chef de famille n'aura aucune indemnité à lui accorder et il ne pourra lui réclamer que la dissolution du lien. Ce dernier point s'explique toujours par le fait que la femme n'a pas de biens propres.

¹. Décisions n° 1054, an VIII, *Kouo Wei*, I, p. 598 et n° 1298, an IX, *Kouo Wei*, I, p. 755.

². Décision n° 1298, *id.*

Le châtimeut est suffisant puisqu'il la prive de toutes ressources par la rupture du lien.

Nous avons dit que cette dissolution par la volonté d'un seul est permise à tout moment. Cela n'est vrai cependant que lorsque le législateur ne voit point d'utilité à continuer une telle union. La jurisprudence mit une restriction à ce droit ; c'est lorsque la concubine a donné des enfants. En effet, dans ce cas, le lien de concubinage a une utilité appréciable. Par de nombreux arrêts et décisions, la Cour déclare que s'il n'y a pas encore d'enfants, le chef de famille ou la concubine peut librement rompre le lien concubinaire devant une difficulté insurmontable¹.

Ce qui veut dire que s'il y a des enfants communs, les deux parties ne sont plus aussi libres de se séparer. Mais aucun texte ne laisse voir quelle doit être la restriction. En tout cas, nous sommes heureux de trouver ici cette restriction que nous souhaitons de tout notre cœur voir appliquer en matière de divorce, s'il n'y a pas à craindre la stérilité volontaire des époux.

Tel est l'état de la dissolution du concubinage d'après la jurisprudence du *Ta li yuan*.

Lorsque le gouvernement national fut proclamé, un changement sembla devoir être apporté à l'égard du concubinage. Les articles complémentaires du nouveau Code pénal provisoire par lesquels le concubinage était sanctionné sont abolis ainsi que le Code pénal provisoire lui-même qui fut remplacé par le Code pénal actuel, lequel ne contient aucune règle concernant la concubine. Le Code civil n'en parle pas non plus ; les prin-

1. Décisions, n° 1054, an VIII, *Kouo Wei*, I, p. 598 ; n° 1071, *id.*, p. 607 ; n° 1298, *id.*, p. 755 et arrêts, n° 1237, an III, *id.*, A, p. 210 ; n° 840, an V, *id.*, A, p. 209 ; n° 106, an VIII, *id.*, A, p. 211.

cipes directeurs du droit de famille le disent expressément ¹.

Mais en réalité, le concubinage n'est point aboli pour cela. Même dans le Code civil, on trouve dans l'article 1123 un paragraphe 3 visant la concubine bien que le mot concubine n'y figure pas. « Les personnes, dit ce texte, qui, sans être parentes, ni alliées, habitent cependant dans la même maison, avec le but de vivre en commun d'une manière permanente, sont tenues pour membres de la maison. » Récemment, une décision d'interprétation confirma ce fait. Elle déclare qu'en vertu de ce paragraphe, la concubine doit être considérée comme membre de la famille et que tout enfant posthume doit être considéré comme élevé par le père, quoique le maître soit mort avant la naissance de l'enfant. Car en vertu de l'article 1065, l'enfant né hors mariage n'est tenu pour être né de mariage que lorsqu'il a été reconnu par le père ou élevé par lui ².

La Cour suprême de Nankin comme la Cour suprême de Pékin reconnaît dans ses décisions le concubinage d'une façon plus formelle encore. Elle déclare que puisqu'il n'y a pas de loi interdisant expressément le concubinage, si la concubine ne peut jouir des droits de la femme légitime, elle peut toutefois en jouir d'une partie dans une certaine mesure ³. Et elle affirme le caractère contractuel de sa situation et disant que quoique les articles complémentaires du nouveau Code pénal provisoire aient été abolis, la concubine est née d'une sorte de contrat qui la rend membre de la famille du maître ⁴. Une autre décision d'in-

1. *Li fa tchouan k'an*, public. offic. du conseil législatif, t. IV p. 10.

2. Décision d'interprétation, n° 725, *Kouo Wei*, I, p. 398.

3. Décision, n° 109, série *Kiai* du 27 juin an XVII, R.I.C.S., p. 12, t. III.

4. Décision, n° 176, série *Kiai* du 15 septembre an XVII, *id.*, t. IV, p. 40.

interprétation prise par la Cour suprême après la mise en vigueur du Code civil décide que « concubinage n'est pas mariage ». Le fait que le mari prend une concubine ne peut pas être considéré comme un cas de bigamie. Et par conséquent, sa femme ne peut pas invoquer l'article 1052, n° 1, comptant la bigamie comme une cause péremptoire de demande en divorce ¹.

Seulement le Code civil ne règle plus la succession au culte qu'il compte abolir peu à peu. Un héritier mâle n'est plus nécessaire d'après la loi positive. Et dans les principes directeurs du droit de famille et de succession, nos législateurs déclarent clairement que si la succession au culte n'est pas défendue non plus par la loi, tout au moins les filles comme les garçons doivent avoir également le droit d'être institués comme héritiers. *Li fa tchouan k'an* (public. offic. du Conseil législatif, t. IV, p. 11). La concubine n'a donc plus sa raison d'être. Aussi, à propos de concubine, nos législateurs déclarent-ils que l'institution de concubine doit bien être abolie. Quoique existant en fait, la loi ne doit pas reconnaître son existence (*id.*, p. 12).

Ce qui montre que dans la pensée de nos législateurs, cette institution doit être supprimée, par étapes cependant.

Deux décisions d'interprétation émises par le *Yuan* de justice (aujourd'hui, la Cour suprême n'a plus le droit de donner des décisions d'interprétation) montrent que nos juristes travaillent dans ce sens. Une première décision du 30 octobre, an XX (1931) (n° 609, série *Yuan*, R.H.L.H. n° 72) déclare que si l'on prend une concubine dans la même forme que celle d'un mariage, les Tribunaux doivent y voir un cas de bigamie encore que l'on qualifie la nouvelle

1. Décision d'interprétation n° 647, an XX, R.H.L.D., n° 80.

épouse de concubine. Elle ajoute que la forme du mariage est déterminée par l'article 982 du Code civil. Or, d'après cet article, la loi n'exige autre chose qu'une célébration publique en présence de deux témoins au moins. Donc facilement un concubinage peut être considéré comme un mariage.

Nous savons que la jurisprudence d'autrefois ne décidait jamais ainsi. Au contraire, elle avait l'habitude de considérer comme concubinage les véritables mariages. C'est donc une grosse atteinte apportée au concubinage.

Une seconde décision est du 10 juin de cette année, n° 790, série *Yuan*, *Fa lin p'ing louen* (Revue critique de législation et de jurisprudence, n° 459). Là, une tendance vers la suppression totale du concubinage est encore plus remarquable. « Le Code civil, dit le *Yuan* de justice, ne contient plus de règle sur la concubine. Après la mise en vigueur du Code, on ne doit plus faire de contrat ayant pour objet la formation d'un concubinage. Pareil fait sera considéré comme un adultère de la part de l'époux et par conséquent la femme légitime pourra invoquer la cause de divorce en vertu de l'article 1052, n° 2, du Code civil. » Jusqu'ici, il semble que le concubinage devrait être condamné définitivement. Cependant le *Yuan* de justice y ajoute deux exceptions dont la première est encore acceptable. C'est que le concubinage conclu avant la mise en vigueur du livre IV du Code civil ne doit pas être considéré comme adultère. Cela aurait dû suffire à défendre prudemment toute formation de concubinage dans l'avenir. Mais il ajoute une seconde exception, celle où la conclusion du concubinage est bien postérieure à la mise en vigueur du Code civil, alors que la femme légitime du concubin y a consenti expressément ou même tacitement.

Au premier abord, cette décision semble très logique en elle-même. Car c'est au nom de l'adultère qu'elle condamne le concubinage. L'article 1053 considère comme une fin de non-recevoir d'action en divorce le fait que l'époux innocent a consenti à l'adultère de son conjoint ou qu'il l'a toléré. Le *Yuan* de justice est donc en droit de faire cette deuxième exception. Mais cela n'empêche que c'est une mesure très regrettable, car elle laisse encore toute possibilité à l'existence du concubinage.

Somme toute, si le concubinage doit disparaître un jour ou l'autre, ce n'est pourtant pas encore de sitôt que l'on aura à s'occuper de sa dissolution.

Nous avons vu que la Cour suprême de Nankin reconnaît la même forme contractuelle du concubinage que celle qui lui fut attribuée par la Cour suprême de Pékin. Elle ne le considère pas illicite. A l'égard de sa dissolution, les décisions de la Cour et celles du *Yuan* de justice suivent aussi la jurisprudence antérieure.

Ainsi, si l'un des concubins demande la dissolution à la justice, le tribunal doit statuer, mais pour cela, il doit suivre les règles de droit commun et non les règles spéciales au divorce proprement dit ¹.

De même une décision du 15 octobre, an XVII, n° 215, série *Kiai*, décide que la femme peut faire perdre la qualité de membre de famille à la concubine veuve de son mari, et elle peut prouver son infidélité. Cela malgré que le Code pénal ne punisse plus l'adultère d'une concubine, étant donné que les articles supplémentaires du Code pénal n'existent plus (R.I.C.S., t. V, p. 21).

Quant aux questions relatives aux effets de la dissolu-

1. Décisions d'interprétation, n° 176, série *Kiai*, an XVII, R.I.C.S., t. IV, p. 40 et n° 309, série *Yuan*, an XIX, R.H.L.D., n° 6.

tion du concubinage, ce sont les mêmes que pour le divorce. Nous les étudierons dans le chapitre suivant. Notons seulement que le lien entre une concubine et ses propres enfants est le même que celui existant entre une femme légitime et ses enfants. Car si une décision déclare que la concubine du père n'est pas une parente supérieure par rapport aux enfants légitimes ¹, une autre décision déclare de son côté que la concubine reste naturellement une parente supérieure des enfants qu'elle a donnés ².

Un autre point mérite aussi d'être remarqué. C'est que d'après une décision du *Yuan* de justice, à la différence de la femme légitime, les parents du chef de famille ne sont pas parents par rapport à la concubine ³, ce qui doit avoir une conséquence sur son remariage avec les parents du maître. A part cela, tous les autres effets que nous allons étudier sont applicables.

1. Décision n° 213, série *Kiai*, an XVII, R.I.C.S., t. V, p. 19.

2. Décision n° 237, an XIX (1930), série *Yuan*, R.I.Y.J., t. V, p. 62.

3. Décision n° 341, série *Yuan*, an XX, R.H.L.D., n° 15.

CHAPITRE IV

CONSÉQUENCES DU DIVORCE

Dans la première partie, nous avons étudié les conséquences du divorce, au chapitre de la répudiation. Il s'agissait alors surtout des règles des anciens codes. Elles étaient caractérisées notamment par l'interdiction du remariage avec le complice d'adultère, la reprise par la femme dans tous les cas de sa dot même de peu d'importance et l'attribution des enfants communs toujours au père, etc... Eh bien ! quoique notre code actuel repose sur des fondements différents, en cette matière cependant, il reste profondément attaché aux règles anciennes, exception faite de plusieurs changements.

Parmi ces changements, quelques-uns sont l'œuvre originale du Code civil. Mais la plupart sont des règles déjà acquises par la jurisprudence d'avant-code. C'est pourquoi dans notre première partie, nous n'avons pas cru nécessaire de parler des conséquences du divorce d'après la jurisprudence du temps ; la plupart d'entre elles sont traduites en articles dans le Code actuel, nous nous sommes donc réservés le droit de les traiter ici.

Il est utile aussi de rappeler que les conséquences du divorce, que nous étudions dans cette partie, sont communes au divorce judiciaire, au divorce par consentement

mutuel ainsi qu'au cas un peu plus spécial cependant de la dissolution du concubinage.

Seulement, le concubinage est prêt à être aboli et le divorce par consentement est dominé surtout d'un accord mutuel des parties. C'est pourquoi le Code ne parle pas de toutes les conséquences du divorce par consentement mutuel et ne dit rien à propos de la dissolution du concubinage.

Ces idées rappelées, nous allons étudier les conséquences du divorce en trois sections :

Section I. Conséquences du divorce quant à la personne des époux divorcés.

Section II. Conséquences relatives aux intérêts pécuniaires.

Section III. Conséquences du divorce relativement aux enfants.

SECTION I. — Conséquence du divorce quant à la personne des époux divorcés.

Le divorce met fin aux rapports juridiques que le mariage avait créés entre les époux. Bien entendu, il ne les efface pas pour le passé. Notons à ce propos qu'en Chine, l'effet de l'annulation d'un mariage n'est pas non plus rétroactif (art. 998 Code civil). Mais pour ce qui concerne l'avenir, tout est bien fini entre les époux.

Voici les diverses applications de cette règle générale :

1^o Usage du nom. — A la différence de la dissolution du mariage par la mort naturelle d'un époux, le divorce fait que chacun des époux reprend l'usage de son nom.

Donc, dans le cas ordinaire, la femme divorcée ne peut

plus porter le nom de son mari. Inversement dans le cas d'un gendre appelé où le mari a fait précéder son nom de celui de sa femme (art. 1000 Code civil), il doit supprimer cette adjonction.

2° Droit de se remarier. — Chacun des époux est désormais libre de contracter un nouveau mariage. Mais certaines restrictions sont à envisager ici.

a) *Non avec son complice d'adultère.* — Notre ancienne loi avait interdit à la femme condamnée pour adultère, d'épouser son complice. La jurisprudence du *Ta li yuan* n'a fait que suivre cette loi. Au contraire, avec le gouvernement national le *Yuan* de justice apporte une modification à l'ancienne jurisprudence dans une décision du 28 juin an XVIII (1929), n° 104, série *Yuan*, R.I.Y.J., t. III, p. 10), il est dit qu'en vertu du principe de liberté absolue en matière de formation ou de dissolution du mariage, il n'est point défendu de se marier avec son complice d'adultère.

Mais les rédactions du Code civil ne s'expriment pas de la même manière. Par l'article 986 Code civil, on rétablit l'interdiction antérieure. « Celui contre qui le divorce ou une peine criminelle a été prononcée pour cause d'adultère, ne peut pas contracter mariage avec son complice. »

Seulement, à cet égard, le Code civil diffère des anciens codes sur un point. Tandis que les codes dynastiques y voyaient un empêchement dirimant du mariage, le code le règle comme un empêchement prohibitif seulement (art. 993 Code civil).

b) *Délai de viduité.* — Pour la femme divorcée, elle ne doit contracter un nouveau mariage qu'après l'expiration

d'un délai de six mois à partir de la dissolution du mariage précédent, à moins qu'il n'y ait eu accouchement au cours de ces six mois (art. 987 Code civil). Cela est exigé pour éviter la confusion de part ou *turbatio sanguinis*.

Au lieu de dix mois, la loi n'impose que six mois, probablement parce qu'une grossesse de six mois ne peut pas passer inaperçue. D'autre part, la dissolution de fait ayant lieu souvent bien avant la dissolution de droit, le délai légal peut être normal à six mois. Mais la diminution de délai n'est pas un moyen de trancher la difficulté. S'il s'agit du divorce par consentement mutuel, la dissolution de fait et celle de droit coïncident, le délai de six mois s'explique moins bien. S'il s'agit de divorce judiciaire, la séparation d'habitation est prononcée, dès le commencement du procès qui peut durer bien longtemps avant qu'il n'y ait jugement de divorce. Dire que le délai ne court qu'après ce jugement, et ne pas tenir compte du temps de la séparation de fait est illogique, le délai de viduité de six mois doit alors être ajouté à tout ce délai de fait. Mais il devient alors de plus de dix mois. Donc, du fait que ce délai n'est fixé qu'à six mois, ce n'est pas assez et du fait que son point de départ est souvent méconnu, c'est alors trop.

Ajoutons enfin qu'évidemment tout ceci ne constitue qu'un empêchement prohibitif au mariage. Aussi, l'article 994 déclare qu'il est prescriptible.

3^o Nouveau mariage entre les époux divorcés. — De tout temps, cela a été possible. Les Codes dynastiques le permettaient mais la jurisprudence du *Ta li yuan* exige seulement comme condition une célébration nouvelle. Le Code civil ne fait que suivre les anciennes règles. Il n'y met point d'entrave d'aucune sorte.

Quant au régime matrimonial, dans ce cas, les époux ne sont pas obligés de reprendre l'ancien régime, puisque notre code n'admet pas le principe d'immutabilité du régime matrimonial. Tout changement de régime est toujours possible même au cours du mariage. La seule condition est que ce changement doit être publié (art. 1012 Code civil).

4° Suppression des devoirs entre époux. — Les époux divorcés sont déliés, l'un envers l'autre, de toute obligation de fidélité, secours, assistance, etc. Cependant, l'article 1057 apporte une exception à cette règle en permettant au tribunal qui prononce le divorce, d'allouer à l'époux innocent une pension alimentaire sur les biens de l'autre, pension dont le caractère sera ultérieurement indiqué.

5° Effets sur l'alliance. — Le divorce met fin à l'alliance que le mariage avait créé entre chacun des époux et les parents de l'autre (art. 971).

Mais cette alliance dans le passé peut laisser quelques effets qui survivent après le divorce.

a) L'alliance ou ex-alliance de 6^e degré est une cause de récusation pour le juge et une excuse pour refuser de déposer comme témoin (art. 295, 32, n° 2, Code proc. civ.).

b) L'ex-alliance a un autre effet. Elle est un empêchement au mariage. Article 983, alinéa dernier : « Les prohibitions de mariage entre alliés prévues au paragraphe précédent subsistent même après la dissolution du mariage qui a créé l'alliance. Et d'après l'article 988, 2°, cet empêchement est dirimant, dont la violation est sanctionnée de nullité.

A ce propos, une décision du *Ta li yuan* a décidé que le mariage est interdit, même s'il y a entre le premier divorce et le mariage d'un divorcé avec son ex-allié, un autre mariage dissout¹. Évidemment, le mariage subséquent n'efface en rien l'ancienne alliance.

Quant à la question d'obligation alimentaire entre beau-père et belle-mère, gendre et belle-fille, d'après l'article 1114, même pendant le mariage, elle n'existe qu'entre un époux et les père et mère de l'autre époux habitant avec lui. Comme après le divorce, ils se séparent certainement, l'obligation alimentaire disparaît automatiquement.

SECTION II. — Conséquences du divorce relatives aux intérêts pécuniaires.

Elles sont au nombre de deux, à savoir :

- 1^o Extinction du droit de succession que la loi accorde au conjoint survivant sur les biens du conjoint prédécédé
- 2^o dissolution du régime matrimonial.

A ces diverses conséquences, il faut en ajouter deux autres :

- 1^o Le tribunal peut accorder à l'époux innocent une pension alimentaire sur les biens de l'autre époux ;
- 2^o l'époux innocent peut demander des dommages-intérêts pour les préjudices causés par la faute de l'autre.

A. Perte du droit de succession. — Les époux divorcés perdent l'un et l'autre les droits que la loi accorde au survivant dans la succession de son conjoint prédécédé (l'art. 1144 Code civil indique sa part dans la succession

1. Décision du 31 décembre, an VII (1918), n^o 917, série *T'ong, Kouo Wei*, I, p. 509.

lorsqu'il est en concurrence avec d'autres héritiers et l'article 1123, n° 3, indique qu'il est héritier réservataire). Ceci est une innovation du Code actuel. Cette conséquence n'existait pas avant ce code.

B. Dissolution et liquidation du régime matrimonial.

— Le régime matrimonial adopté par les époux doit être dissous et liquidé. Mais quand doit commencer cette dissolution ? Faut-il la faire remonter au jour de la demande ? Ou faut-il ne la faire partir que du jour où le jugement est prononcé ? Cette question a une grande importance au point de vue du partage des biens de la communauté quand ces biens existent. Suivant que la dissolution doit ou non remonter au jour de la demande de l'action en divorce, les biens acquis au cours du procès par un époux peuvent tomber ou non dans la communauté et, par conséquent, l'autre époux peut avoir droit à la moitié ou non.

Cette question ne se pose que pour le divorce judiciaire et non pour le divorce par consentement mutuel où les époux peuvent s'arranger entre eux selon leur bon plaisir.

Pour le divorce judiciaire, étant donné qu'en principe, le jugement de divorce est un jugement non déclaratif, mais constitutif en ce sens qu'il crée un état de chose nouveau, il ne doit produire d'effet que le jour où il devient définitif, et puisque notre loi ne fait aucune exception pour le partage des biens, il ne saurait y avoir d'effet rétroactif pour la dissolution du régime matrimonial. Cela peut évidemment être préjudiciable à l'un des époux surtout lorsque la procédure est longue. Quant aux biens de la femme, sauf sous le régime de séparation des biens, sous tous les autres régimes, les biens propres de la femme étant toujours administrés par le mari, il y a à craindre que le

mari ne profite de cet intervalle pour abuser de son droit aux dépens de la femme, mais cette crainte reste secondaire. Car la femme peut toujours demander des mesures conservatoires dès le commencement de l'instance.

Seulement si elle néglige de le faire et que son mari aliène quelques biens à elle, la femme n'a alors d'autre moyen de faire tomber l'acte passé en fraude de son droit que celui de l'action paulienne. Dès lors, conformément au droit commun (art. 244 code civil), la femme, pour faire annuler tout acte de son mari doit démontrer la fraude de celui-ci, aussi la complicité des tiers en fraude avec lui, du moins lorsque l'acte attaqué est un acte à titre onéreux.

L'article 1058 Code civil, dit bien qu'en cas de divorce, chaque époux reprend ses biens personnels quel qu'ait été le régime matrimonial ; s'il y a déficit, ce dernier doit être supporté par le mari à moins qu'il ne résulte des faits qui ne lui sont pas imputables. Seulement les tiers de bonne foi étant toujours protégés par la loi (article 1020), si le mari ne possède rien, le droit de recours de la femme ne lui profite en rien. La femme doit donc prendre elle-même garde contre son mari.

L'article 1058 est le seul texte qui parle de la dissolution du régime matrimonial après le divorce. Aucune déchéance n'est édictée contre l'époux coupable. Par conséquent, l'époux, même coupable, peut conserver les avantages nuptiaux, s'il y en a. Et comme notre loi n'a pas donné de règles spéciales pour les donations entre époux, les libéralités que les époux se sont faites pendant le mariage ainsi que celles faites par le contrat de mariage, ne sont point révocables à volonté.

Il est clair que l'époux donateur peut les révoquer, pour cause d'ingratitude, d'après le droit commun. Mais

ces causes sont limitativement énumérées dans l'article 416 Code civil, à savoir : 1^o Si le donataire se rend coupable à l'encontre du donateur ou de ses parents les plus proches d'un délit intentionnel puni expressément par le Code pénal; 2^o Si le donataire n'exécute pas l'obligation alimentaire dont il est tenu envers le donateur. Donc, il n'y a que si l'on invoque la bigamie ou un attentat contre la vie du conjoint ayant donné lieu à une condamnation pénale ou encore l'abandon, que l'époux innocent peut trouver une cause de révocation dans le divorce. Mais alors ce n'est point en vertu d'une déchéance attachée au divorce, mais en vertu du droit commun que les libéralités sont révoquées.

C. Possibilité pour l'époux innocent d'obtenir une pension alimentaire. — Aux termes de l'article 1057 Code civil, lorsqu'un époux innocent tombe dans le dénuement par suite d'un divorce par jugement, l'autre époux, même s'il est innocent, est tenu de lui payer une allocation convenable d'entretien. Il résulte d'abord de là que cet article vise seulement le divorce judiciaire et non le divorce par consentement mutuel où d'après l'exposé des motifs, tout est laissé à l'accord mutuel des époux.

Fondement de cette pension. — Le divorce ayant détruit le mariage, aucun des effets du mariage ne doit plus se produire. Sur quelle idée est fondée cette pension alimentaire entre deux personnes qui n'ont plus rien de commun ? Son fondement se trouve sur ceci : tant que le mariage dure, il constitue pour chacun des conjoints une situation acquise, sur laquelle ils peuvent compter l'un l'autre. La communauté de vie permet à l'époux pauvre de participer au bien-être de son conjoint ; brusquement par le divorce

ces ressources lui manquent et il se trouve plongé dans la misère. En un mot, il perd le droit au secours qu'il aurait dû avoir si le mariage n'avait pas été dissous. Ce préjudice, il faut que quelqu'un le répare. Si le divorce est résulté de la faute de l'autre époux, il est clair que c'est l'époux coupable qui doit la réparer.

Seulement, d'après notre loi, un divorce peut être prononcé sur les torts réciproques des deux époux ; il peut être aussi prononcé sur un tort qui ne soit imputable ni à l'un ni à l'autre ; exemple : quand le divorce a pour cause une maladie mentale, ou incurable, on ne peut dire qu'il y ait faute de l'époux maladif, c'est plutôt un malheur dont il n'est pas responsable. Pourtant, l'époux lésé a besoin d'être indemnisé, sinon, comme le dit bien l'exposé des motifs, une grande question sociale se poserait. Nos législateurs, pour en sortir, dérogent au principe du droit commun qui n'accorde de réparation pour préjudice causé, que quand il y a faute, ils déclarent que l'autre époux, même innocent, doit indemniser son conjoint dépourvu de tout par suite du divorce.

Caractères de cette pension. — Mais bien entendu, cette pension alimentaire a un caractère indemnitaire, c'est pourquoi elle n'est pas accordée à l'époux coupable, même s'il est dans le besoin.

Et comme elle n'est là que pour indemniser un préjudice d'un genre particulier, manque de droit au secours, c'est pour cela qu'elle est qualifiée alimentaire. D'où cette pension est soumise aux règles concernant les obligations alimentaires ; aussi doit-elle être déterminée d'abord d'après les besoins de la personne qui y a droit, puis selon les ressources et la position sociale de celle qui est tenue

de la fournir (art. 1119 Code civil). Enfin chacune des parties peut requérir des modifications dans la mesure ou dans le mode d'entretien en raison de changements de circonstances (art. 1121 Code civil).

En principe, comme toute obligation alimentaire, l'allocation doit être payée sous forme de pension par versements à époque fixe. Mais rien n'empêche que cela se fasse autrement. A ce propos, nous pouvons citer un arrêt du *Tai li yu an* de l'an IV ¹ déclarant que la pension alimentaire doit être payée en principe sous forme de pension et versée périodiquement ; mais rien n'empêche que le débiteur, sous forme d'un capital, la verse en une seule fois, cela pour éviter des discussions possibles. L'arrêt a donné l'exemple d'un procès entre le débiteur et le créancier qui les rend hostiles l'un envers l'autre, ce qui est précisément le cas du divorce judiciaire.

Ajoutons que la pension doit évidemment être accordée au moment du divorce, puisque c'est un principe de droit commun que l'on n'indemnise que les conséquences immédiates du préjudice causé, ce qui veut dire que si le dénuement de l'époux innocent résulte non du divorce, mais d'un événement postérieur, il n'a plus droit à être indemnisé.

Ajoutons enfin que le non-paiement de cette pension est sanctionné par le délit d'abandon ; évidemment, ce n'est pas le délit d'abandon de famille, puisque le mariage est dissous, mais un délit d'abandon au sens général. Car l'article 310 du Code pénal déclare qu'est puni comme délit d'abandon quiconque abandonne une personne hors d'état de se protéger et à laquelle en vertu de la loi..., il

1. N° 2025, *Kouo Wei*, A, p. 251.

est tenu de fournir aide, protection..., donc, l'époux créancier est bien protégé sur ce point.

D. Dommages-intérêts que l'époux qui a obtenu le divorce peut demander pour le préjudice matériel ou moral causé par la faute de l'autre époux.

Article 1056. « Lorsque l'un des époux a subi un préjudice du fait d'un divorce par jugement, il peut en demander réparation à la partie qui est en faute.

« Dans le cas prévu au paragraphe précédent, la partie lésée, à condition qu'elle ne soit pas en faute, peut réclamer une indemnité équitable en argent, pour préjudice qui n'est pas purement pécuniaire.

« La prétention énoncée ci-dessus n'est ni cessible ni transmissible aux héritiers, à moins qu'elle n'ait été reconnue par contrat ou que l'instance n'ait été engagée. »

Ce dernier point s'explique de lui-même. C'est parce que ces dommages-intérêts ont un caractère essentiellement matrimonial, donc ils sont personnels, que la loi porte des restrictions à leur cessibilité et transmissibilité.

Le premier paragraphe parle de la réparation ou préjudice matériel, et le deuxième du préjudice moral. Nous avons donc des textes très complets et très clairs sur cette question d'indemnité, avec aussi l'article 1057 que nous avons étudié plus haut.

L'article 1057 s'occupe d'indemniser la perte de droit au secours. Ici, il s'agit de réparer les autres chefs de dommages qu'entraîne le divorce. Tandis que la réparation de l'article 1057 est basée sur le devoir de secours entre les époux, celle de l'article 1056 est basée sur la responsabilité civile de droit commun de l'article 184 de notre Code

civil qui est l'équivalent de l'article 1382 du Code civil français.

Il s'ensuit que :

a) La réparation de la perte du droit au secours ne doit avoir lieu que lorsque le créancier est dans le besoin. Au contraire, la réparation du préjudice causé en général n'est pas subordonnée à la condition que la victime se trouve dans le besoin.

b) Si l'indemnité de ce deuxième ordre est aussi payée sous forme d'une pension, cette pension n'a rien de commun avec celle que prévoit l'article 1057. La jurisprudence prouve que cela se fait dans la pratique. Nous empruntons la distinction qu'elle fit de ces deux sortes de pensions. Il ne s'agit pas dans cet arrêt d'un cas de divorce, mais d'une distinction exacte. « Quand la réparation du préjudice causé, dit cet arrêt, est payée sous forme de pension, cette pension ne doit pas être confondue avec celle allouée en vertu d'une obligation alimentaire entre les parents, il n'y a pas lieu de tenir compte de l'état de fortune de celui qui doit la payer, mais seulement de l'étendue du préjudice qu'il s'agit de réparer » (Arrêt n° 4, an III, *Kouo Wei A*, p. 704).

Ajoutons enfin qu'à la différence de la pension de l'article 1057 qui peut être allouée, même lorsque l'époux débiteur n'est point en faute, l'indemnité de l'article 1056 est basée essentiellement sur le principe de réparer les dommages causés par une faute commise.

Nos législateurs ont bien fait de n'appliquer le principe de réparation des dommages causés sans faute que pour le seul cas de perte de droit au secours qui est une obligation bien limitée. Ce principe est un principe humanitaire. La loi l'applique justement dans un cas où il est humain

de porter secours à un époux divorcé qui se trouve dans le dénuement. Car si la loi voulait l'appliquer dans le cas de l'article 1056 qui consiste à réparer tous les chefs de dommages, cela nous entraînerait trop loin.

Cette obligation de l'époux coupable d'indemniser l'autre du préjudice causé par le divorce, existait bien avant le Code civil. Seulement, comme il y avait toujours la même cause, celle de la femme ne possédant pas de biens propres importants, elle n'était imposée que lorsqu'il y avait faute du mari. Tandis que pour la femme, celle-ci était considérée comme suffisamment punie par le divorce prononcé. Elle ne pouvait donc pas être condamnée à payer des dommages-intérêts, et elle reprenait toujours sa dot, même si elle était en faute.

Il faut arriver à l'an XVII (1928), pour trouver un revirement dans notre jurisprudence. L'arrêt n° 708 du 31 juillet an XVII (R.A.C.S., t. III, p. 11) déclare que si le divorce est contre la femme, celle-ci doit indemniser son mari innocent, et par conséquent la Cour supérieure est dans son droit d'autoriser le mari de retenir une partie de la dot de sa femme pour répondre de ce qu'elle doit payer. Car c'est une sorte de dation en paiement.

Évidemment, rien n'est plus juste que le Code actuel ne fasse plus de différence entre la femme et le mari en matière de payer les dommages-intérêts. Surtout étant donné que le Code admet la succession des filles, la femme peut donc posséder des biens propres et l'ancienne faveur accordée à la femme n'a plus de raison d'être.

SECTION III. — Conséquences du divorce relativement aux enfants.

Principe général. — Le principe est que la dissolution du mariage par le divorce n'apporte aucune modification à l'état des enfants, aux droits et aux obligations qui en sont les conséquences. Les enfants conservent leur qualité d'enfants légitimes; les droits et les obligations qui résultent de cette qualité vis-à-vis de leurs parents subsistent intacts.

Le nom de l'enfant ne doit pas être changé ; il garde le nom de son père ou celui de la mère, suivant le cas (art. 1059 Code civil) sans considération de la garde attribuée au père ou à la mère.

D'après l'article 1089 Code civil, en principe l'exercice de la puissance paternelle appartient au père et à la mère. Mais lorsqu'il y a désaccord entre eux, la loi donne la préférence au père. Est-ce que cette préférence persiste encore après le divorce ? La loi ne le dit pas.

Quant au droit de jouissance légale et d'administration légale des biens des enfants mineurs, la loi n'en dit rien non plus. Cependant, une décision du *Ta li yuan* du 22 août an VIII¹ décide que si la garde de l'enfant est attribuée à la mère, alors l'exercice de la puissance paternelle doit être restreint, et à l'égard des biens de l'enfant, le père n'a plus le droit d'administration. Il peut seulement, lorsque la mère a commis des fautes, se faire attribuer la garde de l'enfant ainsi que l'administration de ses biens. Mais pour que ce changement soit possible, on doit le demander au Tribunal.

1. N° 1065, série *T'ong, Kouo Wei* I, p. 604.

Pour la question de la garde de l'enfant après le divorce, le Code civil reste fidèle au principe traditionnel des anciens codes et des coutumes qui consiste à attribuer la garde au père, quelle que soit la cause du divorce. Ceci, parce qu'en Chine, la famille patriarcale domine et que le culte ancestral veut que les enfants ne sortent pas de la famille du père. Le Code civil accepte ce principe ; tout ne peut pas être supprimé d'un seul coup.

Cependant, la jurisprudence antérieure était déjà arrivée à quelques réformes, celle entre autres d'autoriser les parents à décider librement, à condition qu'il y ait contrat. Ce qui est surtout le cas de divorce par consentement mutuel où le mari consent dans un contrat à attribuer la garde des enfants à la femme. La jurisprudence déclare que pareil contrat est valable ¹, et par contrat, la femme peut se réserver le droit exclusif de donner le consentement au mariage de la fille dont elle a la garde. Le mari ne peut revenir sur ce qui a été décidé dans le contrat ².

Et puis l'arrêt n° 957, an VIII (*Kouo Wei A*, p. 237), décide que dans l'intérêt de l'enfant, le tribunal peut donner un tuteur à l'enfant.

Le Code civil admet aussi tout cela. Article 1051 : « Après le divorce par consentement mutuel, les enfants demeurent au mari, à moins qu'il n'en soit autrement convenu ».

L'article 1055 déclare que l'article 1051 est applicable aussi dans le cas de divorce par jugement. Il ajoute en outre : « Mais le tribunal peut, dans l'intérêt des enfants, désigner un tuteur. »

1. Arrêt n° 304, an VII, *Kouo Wei, A*, p. 220.

2. Décision n° 604, an VI, *Kouo Wei, I*, p. 335.

Ce qui est la seule différence d'avec le cas de divorce par consentement mutuel.

Désigner un tuteur veut dire évidemment que le tribunal peut désigner une tierce personne comme tuteur. Mais il peut aussi ordonner la garde de l'enfant à la mère si l'intérêt de l'enfant l'exige.

Intérêt de l'enfant, cela ne veut pas dire seulement le bon plaisir de l'enfant lui-même ¹.

Les tribunaux attribuent généralement la garde des enfants à la mère lorsque ceux-là étant encore en bas âge ne peuvent se passer des soins maternels ². Dans un pareil cas, nous estimons que cette garde ne doit être que provisoire, puisqu'en principe, la garde est attribuée au père.

La garde de l'enfant est encore retirée au père, si celui-ci est indigne. Il laisse voir qu'il maltraite sa fille, parce qu'il méprise ordinairement les filles ³.

Tel est encore le cas où le père est absent ; les enfants sont nécessairement attribués à la mère ⁴.

Il est clair aussi qu'en cas de divorce pour cause de grave maladie ou de maladie mentale, ou d'emprisonnement d'un époux, les enfants doivent être attribués à l'autre époux.

Cependant, que les enfants soient attribués au père ou à la mère ou même à un tiers, le lien entre eux et chacun de leurs parents ne se trouve point amoindri pour cela. Les père et mère dévoués doivent contribuer comme auparavant aux frais d'entretien et d'éducation de leurs enfants communs. Si l'un d'eux en est incapable, l'autre doit s'en

1. Décision n° 225, an IV, *Kouo Wei*, I, p. 148.

2. Décision n° 822, an VII, *Kouo Wei*, I, p. 452.

3. Arrêt n° 233, an XXI (1932). *Sseu fa yuan Rong pao*, n° 11.

4. Décision n° 1362, an IX, *Kouo Wei*, I, p. 800.

charger, quand bien même les enfants seraient gardés par le premier ².

En somme, notre loi n'édicte pas de déchéance contre l'époux coupable. La garde des enfants n'est pas nécessairement attribuée à l'époux innocent. En cette matière, le Code suit la tradition. Car il faut bien reconnaître que dans la pratique, on est arrivé à considérer comme une chose très naturelle de ne pas laisser les enfants sortir de la famille du père, et au contraire, comme extraordinaire de les attribuer à la mère.

Cependant, si ce système n'est pas basé sur la déchéance de l'époux coupable, indirectement il en résulte une véritable déchéance pour la femme, avec cette aggravation que cette déchéance ne repose pas toujours sur la faute de l'épouse.

Sans doute la femme peut, à l'aide d'un contrat, se faire attribuer la garde des enfants, mais si en cas de divorce par consentement mutuel, le mari cède facilement le droit à la femme, parce que là, c'est l'accord qui domine, au contraire en cas de divorce judiciaire, comme le principe accorde la garde au mari, celui-ci ne voudra pas abandonner ses droits.

Il ne reste plus qu'un seul moyen à la femme, celui de se faire attribuer cette garde par le tribunal. Mais pour cela, il faut qu'elle en justifie la raison, et que le tribunal accepte cette justification.

Il en résulte que la femme est toujours lésée en cette matière. Le principe d'attribuer toujours l'enfant au père n'est fondé que sur la tradition, mais cette tradition est contraire au principe de l'égalité des sexes. Nous estimons

1. Arrêt n° 409, an V, *Kouo Wei*, A, p. 233.

Arrêt n° 1085, an III, *id.*, p. 250.

done que tôt ou tard, ce principe doit disparaître du Code civil. Du reste, lorsque la succession au culte sera supprimée en fait comme en droit, alors la véritable cause de ce traitement n'existant plus, il n'y aura pas de raison que l'on conserve une telle inégalité.

CONCLUSION

La question du divorce a été discutée beaucoup par les auteurs. Comme pour n'importe quelle autre matière, on ne manqua pas de fournir des arguments pour et des arguments contre.

Ces derniers sont généralement tirés, d'abord de la considération religieuse, la religion catholique soutenant l'indissolubilité du mariage et n'admettant que la séparation de corps ; ensuite de la considération sociale qui demande en général le sacrifice de l'intérêt privé en faveur de l'intérêt public, lequel doit être conservé intact, et enfin, de la considération des enfants, qui ne peuvent pas être sacrifiés au profit des parents.

Les partisans du divorce n'ont pas de peine à réfuter ces objections les unes après les autres, théoriquement. Par contre, en pratique, l'expérience leur donne le plus souvent tort en prouvant l'inefficacité d'un tel remède. Le bonheur n'est pas plus grand, hélas ! dans les sociétés où le divorce est introduit ; bien au contraire, que de drames constate-t-on à la suite de divorces imprudemment demandés et obtenus, que de misères apportées par eux, et surtout que de mauvais mariages faits à la légère dans la perspective d'un divorce possible.

D'ailleurs, il est incontestable que ce qui constitue l'hon-

neur et la dignité morale des époux, c'est précisément la consécration d'un acte qui ne doit finir qu'avec la vie.

D'autre part, personne ne niera que c'est dans la stabilité d'un foyer que les conditions d'éducation des enfants se trouvent les meilleures. C'est bien pour cela du reste que, même les partisans du divorce ne l'admettent cependant que comme un moyen d'exception. Il ne est ainsi de la part des plus grands juristes français, tel Planiol qui compare le divorce à l'amputation d'un membre par le chirurgien, ou M. Capitant qui ne l'admet que parce qu'il redoute un profond bouleversement social qui, d'après lui, serait fatal, si l'on voulait supprimer le divorce déjà introduit dans les mœurs.

En tout cas, le divorce constitue un état anormal par lequel on cherche à remplacer un mal, soi-disant plus grave, par un autre moindre ; on ne doit donc y avoir recours que s'il est impossible d'agir autrement, en ne cessant de le considérer comme un pire moyen.

Nous avons vu que cette manière de voir a toujours été celle de nos législateurs en Chine jusqu'à présent. Autrefois, c'est au nom de la famille que le divorce était considéré comme un fléau. Aujourd'hui, même en ce qui concerne le divorce par consentement mutuel, notre loi reste fidèle au principe que le mariage est une institution sociale que les parties ne peuvent dissoudre librement.

Comme la famille n'est importante que parce qu'elle est la base de la société, au fond c'est donc toujours la même idée qui prédomine.

Cette question préliminaire étant mise à part, nous allons apprécier notre loi sur le divorce telle qu'elle existe dans le Code actuel.

Pour que notre jugement repose sur des bases solides,

nous croyons qu'il faut envisager la loi chinoise actuelle du divorce à deux points de vue, savoir : 1^o quelle est la valeur de la loi actuelle par rapport à l'état antérieur de notre loi sur le divorce ; 2^o quelle en est sa valeur par rapport aux législations les plus modernes sur le divorce.

Voyons la loi du Code civil sur le divorce, par rapport à celle d'autrefois. Notre loi actuelle reste incontestablement fidèle au passé. Sans parler du divorce d'accord qui existait — au moins en théorie — déjà depuis longtemps en Chine, le divorce pour causes déterminées est tout imprégné des idées anciennes. Nous savons que les raisons qui déterminèrent nos législateurs à établir les dix causes du divorce sont au nombre de trois : tout d'abord pour protéger l'un des époux contre les abus de l'autre. Or, cette protection n'est pas étrangère à notre ancienne loi, puisque les excès, les sévices ou l'absence pendant plus de trois ans, étaient des causes de divorce. La preuve en est que le délai de trois ans est tout à fait particulier à notre loi. En second lieu, plusieurs causes de divorce furent établies dans le but de protéger l'intérêt de la famille. Attacher une importance particulière à la famille, c'est là un trait caractéristique de notre ancienne législation. Nous avons vu que les sept causes de la répudiation avaient toutes été instituées pour sauvegarder l'intérêt familial. Enfin, en troisième lieu, deux causes sur les dix du Code civil ont pour objet la protection de la race, donc l'intérêt social. Nous savons déjà que ce fut même sur ce point que notre vieille législation commit de fâcheux abus, c'est dans le but de maintenir l'ordre social que le divorce obligatoire fut créé.

Quant au point de vue des effets du divorce, nous avons dû reprocher à nos législateurs actuels de ne pas s'être

suffisamment éloignés du passé, cela par timidité regrettable. C'est ainsi qu'ils sont restés fidèles au principe d'attribuer toujours la garde des enfants au père.

Tout nous prouve cependant que notre loi actuelle sur le divorce n'a pas été conçue sans qu'il soit tenu compte de notre tradition ou de notre état social. Cela, par contre, est en faveur de nos législateurs, nous ne saurions leur reprocher une telle considération.

Quant à la loi du Code civil sur le divorce, par rapport aux législations les plus modernes, si la loi actuelle reste la plus traditionnaliste, elle n'en est pas moins cependant la loi la plus moderne. Tous ceux qui ont étudié notre civilisation savent bien que la Chine trouve dans cette civilisation des éléments de renouvellement, il ne s'agit que de les bien faire ressortir. Passer de l'individualisme à l'intérêt de la famille, c'est déjà un progrès du droit, mais passer de l'intérêt de la famille à l'intérêt social, c'est là un progrès beaucoup plus élevé. C'est ainsi que nous arrivons aujourd'hui à punir, non seulement la violation d'un droit, mais encore l'exercice d'un droit quand il y a abus. Donc, au point de vue du divorce, nous avons comme principe le plus moderne, celui de baser les causes du divorce sur un triple point de vue, c'est-à-dire de proportionner autant que possible les trois sortes d'intérêts : individuel, familial et social. Or, cela existe dans notre Code civil. La concurrence des trois intérêts qui n'est pas étrangère à notre ancienne loi, n'a qu'un défaut de mauvaise proportion. Pour rajeunir la loi sur le divorce, nos législateurs actuels travaillent à remettre ces trois intérêts en harmonie. Au lieu de se préoccuper tout d'abord de l'intérêt familial, ils prennent comme base du droit de divorce l'intérêt individuel des époux, sans cependant négliger le premier.

Et au lieu d'ordonner au nom de l'intérêt social le divorce aux particuliers, ils s'en servent pour en interdire les abus

En outre, en rendant communes aux deux époux les causes du divorce qui étaient autrefois spéciales au mari ou à la femme, le Code civil établit le principe moderne d'égalité des sexes, ce qui constitue un progrès immense. Quant aux points que nos législateurs jugent inopportuns d'éloigner brusquement de la loi traditionnelle, ils les tolèrent tout en cherchant le moyen de les modifier. C'est ainsi que tout en disant que la garde des enfants est en principe attribuée au père après le divorce, le Code admet que les parties puissent en décider autrement par contrat. D'autre part, admettant les difficultés avec les parents du mari comme causes de divorce, le Code n'oblige plus les parties à demander le divorce pour cette raison, on les laisse libres de quitter le domicile paternel et de l'installer là où il leur plaît. C'est là une méthode du Code qui veut amortir les trop brusques changements.

Donc, sous ce deuxième point de vue, notre Code actuel est un Code très moderne qui a réalisé de notables progrès tout en restant un Code spécial et propre à la Chine.

Somme toute, le Code civil dans son ensemble est une œuvre remarquable, il est le premier Code existant à la suite de la confrontation de deux civilisations : occidentale et orientale. Il y a là évidemment la marque d'une ère nouvelle dans notre histoire juridique. Le progrès se fait jour malgré nous. Au temps où l'Orient et l'Occident vivaient isolés, l'un de l'autre, chacun avait une civilisation particulière, avec des différences sensibles, la civilisation chinoise reposait sur son attachement à la famille, tandis que celle de l'Occident donnait la plus grande importance aux droits des individus. Les deux civilisations étant mises

en présence, chacune trouve nécessairement dans l'autre ce qui lui manque. Cela en leur permettant de se compléter constitue une source de progrès réciproques, c'est ce progrès même que nous avons atteint aujourd'hui. Mais nous ne saurions nous arrêter là ; un autre progrès non moins important réclame notre attention et nos préoccupations. C'est celui qui consiste à réaliser de nouvelles améliorations en face des deux civilisations déjà confrontées et de par là modifiées une première fois. La loi naturelle du progrès par les échanges d'idées s'impose à nous, à notre insu. Elle n'appartient pas spécialement au droit, cependant elle ne lui est pas étrangère et celui-ci ne peut s'en échapper. C'est à ce haut degré de perfection que doivent tendre tous nos efforts.

VU :

Le Président de la thèse,
ESCARRA.

VU :

Le Doyen,
BERTHELEMY.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Le Recteur de l'Académie de Paris,
CHARLÉTY.

TABLE DES DÉCISIONS D'INTERPRÉTATION CITÉES

A. — *Décisions d'interprétation du Ta li yuan.*

(Cour suprême de Pékin). — Série *Tóng*.

	An	N ^{os}	Pages.		An	N ^{os}	Pages.
II	(1913)	8	85.	VIII	(1919)	1046	81, 83.
		20	121.			1050	79, 124.
		42	120, 123.			1054	84, 121, 124,
IV	(1915)	225	241.				218, 219.
		232	150.			1065	239.
		302	178.			1071	121, 124, 219.
		312	147, 149.			1072	81, 84, 85.
		342	79.	IX	(1920)	1134	100, 144.
V	(1916)	465	80.			1178	120.
		555	80.			1188	124, 217.
		559	121.			1203	95, 174.
VI	(1917)	576	77, 78, 80, 89.			1208	149.
		591	23, 91.			1215	79.
		604	240.			1222	105, 209.
		617	217.			1231	105, 209.
		696	139.			1248	100.
		725	220.			1289	34.
		730	178.			1298	131, 218, 219.
		731	178.			1362	241.
VII	(1918)	813	86, 143.			1367	79.
		822	241.			1412	151.
		837	79.			1424	146.
		910	177, 178.	XI	(1922)	1744	140.
		917	230.	XII	(1923)	1813	161.
VIII	(1919)	939	123, 217.	XIII	(1924)	1902	179.
		1021	121.	XV	(1926)	1993	105.

B. — *Décisions d'interprétation du Tsaiei kao fa yuan*
(Cour ^suprême de Nankin). — Série *Kiai*.

An	N ^{os}	Pages.	An	N ^{os}	Pages.
XVII (1928)	33	108.	XVII (1928)	145	111.
	35	108, 109.		176	180, 220, 223.
	57	108, 109, 110,		177	180.
		112.		213	224.
	83	107, 180.		215	223.
	109	220.			

C. — *Décisions du Yuan de justice*. — Série *Yuan*.

An	N ^{os}	Pages.	An	N ^{os}	Pages.
XVIII (1929)	104	111, 127, 227.	XX (1931)	440	180.
XIX (1930)	237	224.		583	181.
	304	156.		609	216, 221.
	309	223.		647	125, 221.
	341	224.	XXI (1932)	651	156, 157.
	383	180, 181.		663	156, 157.
XX (1931)	396	180.		665	156.
	414	156.		790	222.
	432	180.			

TABLE DES ARRÊTS CITÉS

A. — Arrêts du *Ta li yuan*. (Cour suprême de Pékin.)

1^o Série *K'ang*. (Arrêts d'opposition).

	An	N ^o	Page.
IV	(1915)	140	188.

2^o Série *Fei*. (Arrêts d'appel extraordinaire).

	An	N ^o	Page.
VI	(1917)	151	120.

3^o Série *Chang*. (Arrêts d'appel).

	An	N ^{os}	Pages.		An	N ^{os}	Pages.
II	(1913)	9	141.	IV	(1915)	1793	88.
III	(1914)	4	237.			1925	131, 150.
		117	131, 150.			2025	235.
		223	78, 85, 150.			2052	100.
		329	137.			2064	169.
		419	169, 171.			2258	171.
		432	120.			2357	146.
		462	167.	V	(1916)	147	104.
		612	171.			329	124.
		884	171.			409	242.
		1085	242.			475	100.
		1167	97, 137.			536	167.
		1237	218, 219.			598	136.
IV	(1915)	55	171.			663	169.
		213	40.			717	95.
		331	88, 193, 194.			840	216, 219.
		378	143.			857	120.
		766	121.			963	151.
		1056	140, 169.			1028	87.
		1081	85.	V	(1916)	1073	102.
		1223	149.			1167	122.

An	Nos	Pages.	An	Nos	Pages.
V (1916)	1457	94, 103.	VIII (1919)	345	168, 169.
VI (1917)	18	94, 132, 143.		359	133.
	85	88.		700	132, 195.
	86	216.		753	101, 127, 139.
	379	171.		957	240.
	735	105.		1115	209.
	947	88.		1176	122.
	1012	95.	IX (1920)	86	78, 193.
	1138	96.		300	121.
	1194	104.		309	103.
VII (1918)	1384	131, 150.		537	94, 131.
	132	217.		809	132.
	150	144.		1124	92, 119.
	186	129.	X (1921)	238	138.
	264	102, 103, 132, 195.	XI (1922)	810	136.
	304	240.		1252	172.
	1381	97, 137.	XII (1923)	1170	122.
VIII (1919)	106	216, 219.	XIV (1925)	44	95.
	132	105.		2501	82.
	166	136.	XV (1926)	301	76.
	177	96.		1484	90, 93, 101, 127.

B. — *Arrêts du Tsouei kao fa yuan.*
(Cour suprême de Nankin. — Série *Tang*.)

An	Nos	Pages.	An	Nos	Pages.
XVII (1928)	10	112, 134.	XVII (1928)	708	111, 238.
	47	108, 110, 132.		914	111, 133.
	348	172, 194.	XXI (1932)	233	241.

TABLE DES TEXTES

Code civil.

	Pages.		Pages.
Art. 3.	210.	Art. 1033.	181, 210.
Art. 8.	138.	Art. 1037.	132.
Art. 13.	156, 207.	Art. 1044.	187.
Art. 143.	190.	Art. 1047.	132.
Art. 155.	191.	Art. 1048.	182.
Art. 184.	236.	Art. 1049.	158, 203, 205, 208.
Art. 244.	232.	Art. 1050.	205, 210.
Art. 416.	233.	Art. 1051.	205, 210, 240.
Art. 971.	229.	Art. 1052.	147, 149, 150.
Art. 972.	204.	— n° 1.	119, 125, 221.
Art. 976.	146, 147, 151.	— n° 2.	127, 222.
Art. 982.	126, 204, 222.	— n° 3.	131.
Art. 983.	45, 229.	— n° 4.	143, 144.
Art. 985.	120.	— n° 5.	132.
Art. 986.	227.	— n° 6.	134.
Art. 987.	185, 228.	— n° 7.	145.
Art. 988.	157, 229.	— n° 8.	145, 147.
Art. 989.	157, 158.	— n° 9.	136.
Art. 990.	157, 192.	— n° 10.	138, 140, 141.
Art. 992.	120.	Art. 1053.	128, 190, 223.
Art. 993.	227.	Art. 1054.	190, 191.
Art. 994.	228.	Art. 1055.	186, 187, 240.
Art. 995.	149, 150.	Art. 1056.	236, 238.
Art. 998.	226.	Art. 1057.	229, 233, 236, 237.
Art. 1000.	227.	Art. 1058.	232.
Art. 1001.	184.	Art. 1059.	239.
Art. 1002.	161, 184.	Art. 1065.	220.
Art. 1012.	229.	Art. 1089.	186, 239.
Art. 1013.	189.	Art. 1101.	165.
Art. 1015.	189.	Art. 1114.	132, 230.
Art. 1020.	187, 210, 232.	Art. 1118.	133.
Art. 1026.	132.	Art. 1119.	235.

	Pages.		Pages.
Art. 1121.	235.	Art. 1128.	143.
Art. 1123.	220, 231.	Art. 1144.	230.
Art. 1127.	143.		

Code de procédure civile.

Art. 2.	161, 162.	Art. 445.	197.
Art. 27.	162.	Art. 446.	197.
Art. 32.	229.	Art. 458.	198.
Art. 124.	166.	Art. 461.	198.
Art. 127.	166.	Art. 464.	199.
Art. 152.	201.	Art. 471.	199.
Art. 184.	190.	Art. 488 à 504.	183.
Art. 235.	162, 166.	Art. 495.	183, 184.
Art. 244.	162.	Art. 501.	187, 188, 189.
Art. 245.	166.	Art. 503.	184.
Art. 266.	175.	Art. 535.	161.
Art. 267.	168.	Art. 536.	157.
Art. 268.	168.	Art. 537.	159.
Art. 271.	175.	Art. 538.	166.
Art. 293.	167.	Art. 539.	190.
Art. 295.	169, 170, 171, 229.	Art. 540.	168.
Art. 296.	161, 171.	Art. 541.	175.
Art. 302.	172.	Art. 542.	167.
Art. 370 à 372.	163.	Art. 543.	173.
Art. 376.	168.	Art. 544.	182, 184.
Art. 380.	175.	Art. 545.	155.
Art. 389.	197, 198,	Art. 546.	194.
Art. 433.	197.	Art. 593.	196.

Loi de conciliation en matière civile.

Entrée en vigueur le 1^{er} janvier de la XX^e année (1931).

Art. 1 ^{er} .	166.	Art. 8.	165.
Art. 2.	164, 165.	Art. 9.	165.
Art. 3.	164.	Art. 10.	164.
Art. 4.	164.	Art. 11 à 13.	165.
Art. 5.	164.	Art. 14.	164.
Art. 6.	164.	Art. 15.	164.
Art. 7.	165.		

Code pénal.

Art. 49.	140.	Art. 256.	129.
Art. 50.	158.	Art. 282.	135.
Art. 254.	192.	Art. 310.	235.

BIBLIOGRAPHIE

A. — DOCUMENTS ET OUVRAGES PUBLIÉS EN LANGUE CHINOISE

Tous les documents et ouvrages chinois sont numérotés suivant l'ordre alphabétique¹. Lorsque la traduction n'est pas indiquée, l'ouvrage n'existe qu'en chinois.

1. *Ouvrages généraux.*

1. CHE KING. — *Recueil des anciens vers*, traduit par Couvreur, Ho Kien-fou, 1896.
2. HAN FEI TSEU. — *Ouvrage de Han Fei* (collection du *Sseu p'ou tch'ong k'an*), Changhaï, Commercial Press.
3. HOU CHE. — *Tchong kouo tch'e hio che ta kang*. (*Précis d'histoire de la philosophie chinoise*), Changhaï, 1919.
4. KON YANG TCHOUAN. — Dans la collection du *Che san king*, Changhaï, 1914.
5. KOU CHE YUAN. — *Source des vers antiques*, Changhaï, Commercial Press.
6. KOU LEANG TCHOUAN. — Dans la collection du *Treize king*, Changhaï, 1914.
7. LI KI. — *Livre des Rites*, traduit par Couvreur, Ho Kien-fou, 1913.
8. MONG TSEU. — *L'un des Quatre livres classiques* (Collection des *Treize king*), Changhaï, 1914.
9. TA TAI LI KI. — *Livre des Rites de Tai Tö*, 1904, Pékin.
10. TCHANG LEAN-TS'AI. — *Tchong kouo fong sou che* (*Histoire des mœurs chinoises*), Changhaï, 1924.
11. TCHEN KOU-YUAN. — *Tchong kouo kou tai houen ying sseu* (*Histoire du mariage de la Chine antique*), Changhaï, 1927.
12. TCHONGKOUO FOUNI WEN T'I T'AO LOUEN TS'I (*Recueil des articles sur les questions relatives aux femmes chinoises*), Changhaï, 1929.

1. Ces numéros correspondent avec ceux de l'index des mots chinois.

13. YI LI. — *Livre des cérémonies*, traduit par Couvreur, Hsien Hsien, 1916.

2. *Ouvrages juridiques.*

14. *Code civil de la République de Chine*, Traduit par Ho Tchong-chan, Changhaï et Paris 1930-1931.
Livre I. *Principes généraux* (promulgué le 23 mai 1929, entré en vigueur le 10 octobre 1929).
Livre II. *Des obligations* (promulgué le 22 novembre 1929, entré en vigueur le 5 mai 1930).
Livre III. *Des droits réels* (promulgué le 30 novembre 1929, entré en vigueur le 5 mai 1930).
Lois de mise en vigueur des 24 septembre 1929 et 10 février 1930.
Livre IV. *De la famille* (promulgué le 26 novembre 1930, entré en vigueur le 5 mai 1931).
Livre V. *Des successions* (promulgué le 26 novembre 1930, entré en vigueur le 5 mai 1931).
Loi de mise en vigueur du 24 janvier 1931.
15. *Code de procédure civile* (entré en vigueur le 20 mai 1932) et *Loi sur la conciliation en matière civile* (entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1931 traduit par François Théry, S. J., T'ien Tsin 1932).
16. *Code pénal de la République de Chine* (promulgué le 10 mars 1928, entré en vigueur le 1^{er} septembre 1928), traduit par J. Escarra, Paris, 1930.
17. FA LING TCHEOU K'AN (ou par abréviation R. H. L. D.). — *Recueil hebdomadaire des lois et des décrets*, Changhaï, librairie Houei wen t'ang.
18. FA LU P'ING LOUEN. — *Revue critique de législation et de jurisprudence*, Nankin.
19. FA LU TS'AO NGAN HOUEI P'ÏEN. — *Recueil des différents projets de lois, public. offic. de la Commission de codification*, Pékin, 2 vol., 1926.
20. HIEN HING LOU FA TS'UN CHOU. — *Collection des six codes édités par Houei wen t'ang*, Changhaï, 1925.
21. HIEOU PAI-LONG. — *Hien tcheng ta kouan (Collection des lois concernant l'administration de la sous-préfecture)*, Nankin, 1932.
22. KOUO MIN TCHENG FOU HIEN HING FA KOUËI. — *Législation en vigueur du gouvernement national*, 2 vol., 1928.
23. TSENG TING KOUO MIN TCHENG FOU SSEU FA LI KOUËI. — *Législation du 1^{er} juillet 1925 au 28 février 1931*, 3 vol., Nankin.
24. LI FA TCHOUAN K'AN. — *Publication officielle du Conseil législatif*, Changhaï, 5 vol., 1929-1931.
25. MIN CHANG CHE SI KOUAN T'IAO TCH'A PAO KAO LOU. — *Recueil des coutumes en matières civile et commerciale*, 2 vol., parus 1930,

- publié par le ministère de l'administration judiciaire, Nankin.
26. MIN CHE SOU SONG T'IAO LI. — *Règlement de procédure civile de la République de Chine*, promulgué le 22 juillet 1921, traduit par J. Escarra, Pékin, 1924.
 27. MIN FA LI YEQU CHOU. — *Exposé des motifs du code civil (que nous recevons personnellement du Conseil législatif)*, pas encore publié.
 28. MIN KOUO FA KOUËI TS'I K'AN. — *Recueil législatif de la République chinoise*, 2 vol., 1929.
 29. MING LU TS'I KIAI FOU-LI. — *Code des Ming*, édition du *Sieou ting, fa lu kouan*, 1908.
 30. SONG HING T'ONG. — *Code pénal des Song*, édition du *Fa tche tchou*, 1918.
 31. SSEU FA YUAN KIAI CHE FA LU WEN TS'ÏEN HOUËI P'ÏEN (ou par abréviation R. I. Y. J.). — *Recueil des décisions d'interprétation du Yuan de justice*, Changhaï, *Houei wen t'ang*.
 32. SSEU FA (YUAN) KONG PAO. — *Revue officielle du Yuan de justice* Nankin.
 33. TA LI YUAN KIAI CHE LI TS'ÏUAN WEN (ou par abréviation Kouo Wei I.). — *Recueil complet des décisions d'interprétation du Ta li yuan de 1912-1927*, par Kouo Wei, Changhaï, 1930.
 34. TA LI YUAN P'AN KIUE LI TS'ÏUAN CHOU (ou par abréviation Kouo Wei A.) — *Recueil complet des arrêts du Ta li yuan de 1912-1927*, par Kouo Wei, Changhaï, 1931.
 35. TA TS'ÏNG HÏEN HING HING LU. — *Code des Ts'ing (restant en vigueur jusqu'à la promulgation du Code civil)*, édition de 1910.
 36. TA TS'ÏNG LU LI. — *Ancien code des Ts'ing (non révisé)*, traduit par Renouard de Sainte-Croix, Paris, 1812.
 37. TA YUAN CHENG TCHENG KOUO TCH'AO TIEN TCHANG. — *Recueil administratif des Yuan*, édition du *Sieou ting fa lu kouan*, 1908.
 38. T'ANG LU CHOU YI. — *Code des T'ang enrichi d'un commentaire*, Pékin, 1890.
 39. T'ang Ming lu ho p'ien, — *Mélange des Codes des T'ang et des Ming*, préface de Hiu Hi-tch'ang, Pékin, 1922.
 40. T'AO HOUËI-TS'ENG. — *Ts'in cheou fa ta kang (Principes généraux du droit de famille)*, Changhaï, 1928.
 41. TCH'AO FONG-KIAI. — *Tchong kouo fou niu tch'ai fa lu chang tch'e t'i wei (Situation juridique de la femme chinoise)*, Changhaï, 1928.
 42. TCHEN CHOU-TAI. — *Han lu k'ao (Recherches sur les lois des Han)*, Pékin, 1919.
- Kieou tch'ao lu k'ao (*Recherches sur les lois de neuf dynasties*), Changhaï, 1927.
43. TS'ENG PAI-TS'I. — *Ts'ie tch'ai hien hing fa chang tch'e t'i wei (Situation de la concubine d'après la loi actuellement en vigueur)*, 1929.

44. TS'OUEN HING HIN HING LU. — *Code pénal provisoire de la Chine du 30 mars 1921*, traduction française, Pékin, 1923.
45. TSOUËI KAO FA YUAN KAI CHE FA LU WEN TSIEN HOUEI P'ÏEN (ou par abréviation : R. I. C. S.). — *Recueil des décisions d'interprétation de la Cour suprême de Nankin*, Changhaï, 5 fasc., 1930.
46. TSOUËI KAO FA YUAN P'AN LI HOUEI P'ÏEN (ou par abréviation : R. A. C. S.). — *Recueil des arrêts de la Cour suprême de Nankin*, Changhaï, *Houei Wen t'ang*.
47. YANG HONG-LI. — *Tchong kouo fa lu fa t'ache (Histoire du développement du droit chinois)*, Changhaï, 1930.

B. DOCUMENTS ET OUVRAGES PUBLIÉS
EN LANGUE FRANÇAISE

- P. G. BOULAIS. — *Manuel du code chinois*, Changhaï, 1924.
- CHEN FOU-CHOEN. — *La Révolution chinoise*, Paris, 1929.
- COLIN et CAPITANT. — *Cour élémentaire de droit civil français*, Paris, 1931.
- A. DUBOIS. — *Rôle et pouvoir du président du tribunal civil dans la procédure du divorce et de la séparation de corps*, thèse Paris, 1929.
- J. ESCARRA. — *La codification contemporaine du droit privé chinois*, 1930 (Extrait du *Bulletin de la Société de législation comparée*).
- *La Codification du droit de la famille et du droit des successions* (livres IV et V du *Code civil de la République chinoise*), Rapport présenté au conseil législatif du gouvernement national, Changhaï, 1931.
- *La conception de la loi et les théories des Légistes à la veille des Ts'ing*, traduit de Leang K'i-tch'ao, Pékin, 1926.
- *Droit chinois et droit comparé*, Paris 1928.
- *Loi et coutume en Chine*, dans : *Mélanges d'éthnologie juridique*, de Maunier, 1931, p. 27-54.
- *Recueil des sommaires de la jurisprudence de la Cour suprême de la République de Chine en matière civile et commerciale*, 2 fas., traduit et annoté, 1912-1918.
- *Sources du droit positif actuel de la Chine*, 1 vol., 1929.
- *Les transformations du droit chinois dans la législation et la jurisprudence*, 1927.
- M. GRANET. — *La civilisation chinoise*, Paris 1929.
- *Coutumes matrimoniales dans la Chine antique*, Paris, 1920.
- *La polygynie sororale et le sororat dans la Chine féodale*, Paris, 1920.
- G. GRÉGOIRE. — *Etude sur le divorce*, thèse Paris, 1912.
- E. GUËS. — *Le divorce par consentement mutuel*, thèse Paris, 1912.
- P. HOUANG. — *Le mariage Chinois au point de vue légal*, Changhaï, 1916.
- HOU KOUNG-OU. — *La famille et l'institution du mariage et du divorce en Chine*, Genève, 1919.
- HU YANG-MUNG. — *Etude philosophique et juridique de la conception de « Ming » et de « Fen » dans le droit chinois*, thèse Paris, 1932.

- KANG WOO. — *Les trois théories politiques du Tch'ouents'ieou, interprétées par Tong Tchong chou, d'après les principes de l'école de Kong-Yang*, Paris, 1932.
- P. KATZ. — *Le divorce d'accord*, thèse Paris, 1912.
- H. LALOU. — *Le divorce en France* (aperçu historique), Paris, 1923.
- H. LAURENT. — *Le divorce en Suisse*, thèse Paris, 1910.
- J. LEMAIRE. — *Etude sur le pouvoir de sursis donné au juge en matière de divorce*, thèse Paris, 1912.
- R. LÉVY. — *Le divorce juif et les conflits de lois qu'il peut engendrer*, thèse Nancy, 1929.
- H. MASPÉRO. — *La Chine antique*, 1 vol., Paris, 1927.
- J. MIRAT. — *L'obligation alimentaire entre époux en cas de divorce* (article 301 du code civil), thèse Paris, 1930.
- A. MOLLIER. — *La question du divorce*, thèse Dijon, 1930.
- MONTESQUIEU. — *De l'esprit des lois*.
- M. PLANIOL et G. RIPERT. — *Traité élémentaire de droit civil*, Paris 1928.
- J. PRIOU. — *Le divorce et la séparation de corps en droit allemand*, thèse Paris, 1923.
- M. RICHARD-PRASSINOS. — *Le divorce et la séparation de corps dans les principales législations contemporaines et la solution des conflits dans cette matière*, thèse Paris, 1928.
- Ed. ROTHACH. — *La Chine en révolution*, Paris, 1914.
- A. ROUAST. — *La famille*, dans : Planiol et Ripert. *Traité pratique de droit civil*, t. II, Paris, 1926.
- *Le divorce et l'enfant*, dans : *Le divorce* (6^e Congrès de l'Association du mariage chrétien, Arras 1928), p. 136-146.
- *Mariage et divorce, examen doctrinal, jurisprudence civile* (Arrêts publiés en 1925), *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1925, p. 381.
- *Mariage et divorce, examen doctrinal, jurisprudence civile* (Décisions rendues en 1926 et 1927), *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1928, pp. 257-275.
- A. ROUQUET. — *Des effets du divorce quant à la personne et aux biens des enfants*, thèse Paris, 1905.
- R. SEMELAIGNE. — *Divorce et aliénation mentale*, thèse Paris, 1919.
- SHERZER. — *La puissance paternelle en Chine*, Paris, 1878.
- SIE CHEOU-TCH'ANG. — *Esquisse d'une histoire du droit chinois*, Paris, 1924.
- G. SUN. — *Du rôle des décisions d'interprétation comme source du droit chinois, principalement en matière de fiançailles*, thèse Paris, 1932.
- TCHANG TING-TGH'ANG. — *Le mariage et la situation de la femme mariée en Chine au premier quart du XX^e siècle*, thèse Paris, 1930.
- P. H. TOSTEN. — *Essai sur le droit chinois ancien*, Changhai.
- A. VISSIÈRE. — *Le divorce dans le nouveau droit chinois*, in : *Rev. du Pacifique*, 1927.
- L. WEIGER. — *La Chine à travers les âges*, Paris, 1924.

INDEX ALPHABÉTIQUE

DES PRINCIPAUX TERMES ET NOMS PROPRES CHINOIS
CONTENUS DANS L'OUVRAGE, EN FRANÇAIS

Les mots chinois sont transcrits d'après la « méthode de transcription française de sons chinois », rédigée par A. Vissière et adoptée par le ministère des Affaires étrangères français en 1901. Les numéros placés en tête de chaque terme correspondent à ceux de l'index en chinois.

C

- 48. Chang.
- 49. Chouo ling.

F

- 50. Fa.
- 51. Fei.
- 52. Fei ti.
- 53. Fen.

H

- 54. Hing p'ou.
- 56. Hong wou.

K

- 57. K'ang.
- 58. Kiai.
- 59. Kouo min tang.

L

- 60. Li.
- 61. Li p'ou.

M

- 62. Ming.
- 63. Ming ti.

N

- 64. Nei tsö.
- 65. Nio t'ai.

S

- 67. San kang.
- 68. San pou tch'ou.
- 69. Sieou chou.
- 55. Siuan t'ong.
- 70. Song.
- 71. Song Lien.
- 72. Sseu niu.
- 73. Sseu tai.

T

- 74. T'ang.
- 75. T'ang Kong.
- 76. Tch'a ki.
- 77. Tch'e yuan.
- 78. Tchen.
- 79. Tcheng ming.
- 80. Tch'eou Mai-tch'en.
- 81. Tchouei fou.
- 82. Ts'eng Tseu.

83. Tseu Sseu.
84. Ts'i tch'ou.
85. Ts'ie.
86. Tsin.

W

87. Wang Wei.
88. Wei.

89. Wou louen.
90. Wou tai.
66. Wou Tsö-t'ien.

Y

91. Yuan.
92. Yi k'üe.
93. Ying yi.
-

1. 詩經 2. 韓非子 3. 胡適, 中國哲學史大綱 4. 公羊傳, 十三經
5. 古詩源 6. 穀梁傳 7. 禮記 8. 孟子 9. 戴禮記, 中國婦女問題
采, 中國風俗史 11. 陳顧遠, 中國古代婚姻史 12. 中國婦女問題
討論集 13. 儀禮 17. 法令週刊, 會文堂 18. 法律評論 19. 法律草案
彙編 20. 現行六法全書 21. 栗伯隆, 縣政大觀 22. 國民政府現行
法規 23. 國民政府司法例規 24. 立法專刊 25. 民商事習慣調查
報告錄 26. 民事訴訟條例 27. 民法理由書 28. 民國法規集刊 29.
明法律文件彙編 32. 司法院公報 33. 大理院解釋例全文, 郭衛 34.
大理院判例全書 35. 大清現行刑律 36. 大清律例 37. 大元聖
政國朝典章 38. 唐律疏議 39. 唐明律合編, 徐世昌 40. 陶彙曾, 親
屬法大綱 41. 趙鳳喈, 中國婦女在現行法律上之地位 42. 程樹德, 漢
律考, 九朝律考 43. 曾培榮, 妾在現行法律上之地位 44. 暫行新刑
律 45. 最高法院解釋法律文件彙編 46. 最高法院判例彙編 47.
楊鴻烈, 中國法律發達史 48. 上 49. 說林 50. 法 51. 非 52. (宋) 廢帝 53.
分 54. 刑部 55. 宣統 56. 洪武 57. 抗 58. 解 59. 國民黨 60. 禮 61. 禮部 62.
明 63. (宋) 明帝 64. 內則 65. 虐待 66. 武則天 67. 三綱 68. 三不去 69. 休
書 70. 宋 71. 宋 72. 實女 (石女) 73. 四德 74. 唐 75. 檀弓 76. 雜記 77. 辭
源 78. 陳 79. 正名 80. 朱賈臣 81. 贅夫 82. 曾子 83. 子思 84. 七出 85. 妾
86. 晉 87. 王禕 88. 魏 89. 五倫 90. 五代 91. 院 92. 義絕 93. 淫洪

TABLE DES MATIÈRES

ABRÉVIATIONS.

INTRODUCTION.	1
-----------------------	---

PREMIÈRE PARTIE

ÉVOLUTION HISTORIQUE DU DIVORCE

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE. — Aperçu général	7
CHAPITRE PREMIER. — État du divorce avant la dynastie des T'ang. — La répudiation seule	12
Section I. — Observations générales	12
Section II. — Des sept causes de la répudiation.	17
Section III. — Des trois exceptions à l'exercice de la répudiation.	25
Section IV. — De la forme et des effets de la répudiation.	30
CHAPITRE II. — L'état du divorce depuis la dynastie des T'ang et jusqu'à celle des T'sing inclusivement. — Coexistence de la répudiation et du divorce.	47
Section I. — Le divorce obligatoire.	50
Section II. — Le divorce facultatif	60
Section III. — Le divorce par consentement mutuel	66
CHAPITRE III. — L'état du divorce depuis la Révolution de 1911 jusqu'à la promulgation du Code Civil.	72
Section I. — Tendence de la jurisprudence à supprimer le divorce obligatoire	76
Section II. — Tendence de la jurisprudence à transformer la répudiation en divorce pour causes déterminées.	86
Section III. — Tendence à donner un traitement égal à la femme et au mari	97
Section IV. — Des idées plus avancées sur le divorce émises après le transfert de la capitale de Pékin à Nankin.	106

DEUXIÈME PARTIE
LE DIVORCE D'APRÈS LE CODE CIVIL

CHAPITRE PREMIER. — Le divorce pour causes déterminées . .	117
Section I. — Les causes du divorce	117
Première cause. — La bigamie	119
Deuxième cause. — L'adultère.	126
Troisième cause. — Mauvais traitements de l'un des époux sur l'autre	129
Quatrième cause. — Abandon malicieux et continu. .	132
Cinquième cause. — Attentat à la vie du conjoint . .	134
Sixième cause. — Absence pendant plus de trois ans.	136
Septième cause. — Condamnation à plus de trois ans d'emprisonnement ou condamnation à l'emprison- nement pour délit déshonorant.	138
Huitième cause. — Mauvais traitements de la femme à l'égard des parents supérieurs en ligne directe du mari rendant la vie commune intolérable et vice versa	142
Neuvième et dixième causes. — Mauvaise maladie incurable et maladie mentale grave et incurable. .	145
Section II. — De la procédure du divorce.	151
§ 1. Personnes pouvant exercer l'action.	154
§ 2. De la compétence.	160
§ 3. Préliminaire de conciliation.	163
§ 4. Marche de la procédure	166
§ 5. Mesures provisoires prises pendant l'instance . .	181
§ 6. Fins de non recevoir	189
§ 7. Voies de recours	196
§ 8. Exécution du jugement ou arrêt	200
CHAPITRE II. — Le divorce par consentement mutuel	203
CHAPITRE III. — Cas spécial de la dissolution du contrat de concubinage	212
CHAPITRE IV. — Conséquences du divorce	225
Section I. — Conséquences du divorce quant à la per- sonne des époux divorcés	226
Section II. — Conséquences du divorce relatives aux intérêts pécuniaires.	230
Section III. — Conséquences du divorce relativement aux enfants	239
CONCLUSION.	245

TABLE DES DÉCISIONS D'INTERPRÉTATIONS CITÉES.	251
TABLE DES ARRÊTS CITÉS	253
TABLE DES TEXTES	255
BIBLIOGRAPHIE	257
INDEX ALPHABÉTIQUE DES PRINCIPAUX TEXTES ET NOMS PROPRES CHINOIS CONTENUS DANS L'OUVRAGE, EN FRANÇAIS.	262
INDEX DES MOTS CHINOIS, EN CHINOIS.	



IMPRIMERIE
CH. HÉBISSEY
:: ÉVREUX ::